Die analoge Anwendung des § 463 Satz 2 BGB auf den Fall „arglistiger Vorspiegelung“

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Fritz von Randow

aus Collin in Pommern

Approbiert am 12. Juli 1935

Buchdruckerei Max Döres, Erlangen, Rückertstraße 1

1936

1936/227

Referent: Geheimrat Univ.-Prof. Dr. Dr. Kübler

Dekan: Univ.-Prof. Dr. Köhler

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Inhaltsübersicht

		Seite
§ 1.	Die Vertrauenssphäre	9—11
§ 2.	Der Begriff der Arglist	11—14
§ 3.	Die Anwendbarkeit des § 123 BGB bei § 463 Satz 2 BGB	14—16
§ 4.	§ 463 Satz 2 BGB ist analog auf den Fall „arglistiger Vorspiegelung“ auzuwenden	16—44

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41533902_0147

Literaturverzeichnis

Adler: Die „culpa in contrahendo“ zugleich ein Beitrag zum Problem des § 463 BGB, Diss. Freiburg 1921.

Bechmann: Geschichte des Kaufs im römischen Recht, 1. Teil Erlangen 1876.

Beck: Corpus iuris civilis Bd. I, 1.

— Corpus iuris, Teil II.

Bierling: Juristische Prinzipienlehre. 4. Bd. Tübingen 1911.

v. Blume: Der Schadensersatzanspruch des Käufers wegen Lieferung einer mangelhaften Sache u. seine Verjährung. J. Jahrb. Dogm. 55, 209 ff.

Bogusch: Die neuere Entwicklung der Lehre von der culpa in contrahendo. Diss. Königsberg 1928.

Burchard — de Boor: Bürgerliches Recht Teil I u. II Berlin, Wien 1930.

Cleeves: Die Analogie singulärer Rechtssätze in Theorie und Rechtsprechung. Celle 1914.

Code civil.

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. 4. Aufl. Jena 1903.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts. 1. Bd. Tübingen und Leipzig 1900.

Danz: Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 3. Aufl. Jena 1912.

— Einführung in die Rechtswissenschaft. Jena 1912.

Dernburg: Pandekten, 1. Bd. Berlin 1884.

— Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs u. Preußens, 2. Bd., 2. Abtlg. 4. Aufl. Halle 1915.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch. 4. Bd. 3. Aufl. 1932. Mannheim, Berlin, Leipzig.

— 5. Bd. 1. Hälfte, Einleitung, 3. Aufl. Mannheim, Berlin Leipzig 1932.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. 8. Aufl. Berlin 1903.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. Bd. 1. Abteilg. 12. Bearb. 30/4 Aufl. Marburg 1928.

— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, II. Bd. Recht der Schuldverhältnisse, 11. Bearb. (Lehmann) Marburg 1930.

Enneccerus-Kipp-Wolff: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. I. Bd. Allgem. Teil, 13. Bearb. (Nipperdey) Marburg 1931.

Fränkel: Zeitschrift der Savigny-Stiftung, 44. Bd. Weimar 1924.

Fuchs: in DJZ XIX. Jahrg. 1914.

Handwörterbuch der Rechtswissenschaft: Herausgegeben von Stier-Somlo-Elster I. Bd. Berlin-Leipzig 1926.

Haymann: Die Haftung des Verkäufers für die Beschaffenheit der Kaufsache. I. Bd. Berlin 1912.

— Fehler und Zusicherung beim Kauf in: Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben, 3. Bd. Festgabe der Juristischen Fakultäten zum 50. jähr. Bestehen des RG, Berlin-Leipzig 1929.

Heck: Grundriß des Schuldrechts, Tübingen 1929.

— Begriffsbildung u. Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932.

— Das Problem der Rechtsgewinnung. 2. Aufl. Tüb. 1932.

Hedemann: Schuldrecht des bürgerl. Gesetzbuches, 2. Aufl. Berlin und Leipzig 1931.

Henle: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts II. Rostock 1934.

Hölder: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. I. Band. München 1900.

Huber: Recht und Rechtsverwirklichung. 2. Aufl. Basel 1925.

Jhering: culpa in contrahendo oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Jherings Jahrb. Bd. 4 Jena 1861.

Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts = J. Jahrb. Dogm.

Krasser: Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen. Erlangen 1929.

Kreß: Lehrbuch des besonderen Schuldrechts. München u. Berlin 1934.

Krückmann: Institutionen des bürgerlichen Gesetzbuches. 5. Aufl. Berlin 1929.

Kübler: Geschichte des römischen Rechts. Leipzig, Erlg. 1925.

Lent: Die Gesetzeskonkurrenz im bürg. Recht u. Ziv. Prozeßrecht. I. Bd. Leipzig 1912.

Lehmann: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuches. 4. Aufl. Berlin-Leipzig 1933.

Mommsen, Fr.: Ueber die Haftung der Kontrahenten bei der Abschließung von Schuldverträgen. Braunschweig 1879.

Mugdan: Die gesamten Materialien zum bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. II Berlin 1899.

Neumann: Das Anfechtungsrecht und der Schadensersatzanspruch wegen arglistiger Täuschung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche. Diss. Heidelberg 1902.

Oertmann: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, Allgem. Teil 3. Aufl. Berlin 1927.

— 2. Buch, 2. Abtlg. 5. Aufl. Berlin 1929.

Planck: Kommentar zum BGB II. Bd. 2. Hälfte 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.

Regelsberger: Pandekten, I. Bd. Leipzig 1893.

— in Jherings Jahrb. Bd. 58 S. 146 ff.

Reuer: Das Verhältnis der Gewährleistungsansprüche des Käufers wegen Sachmängel zu der Anfechtung des Käufers wegen arglistiger Tänschung nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Diss. Erlangen — Göttingen 1907.

Riehl: in Gruch. Beitr. zur Erläuterung des deutschen Rechts 60. Jahrg. Berlin 1916.

Rudorff-Schärfer: Das Reichs-Zivilrecht, Berlin 1900.

Rümelin: Werturteile und Willensentscheidungen im Zivilrecht. Freiburg 1891.

Scholz: Verschulden beim Vertragsschluß. Diss. Götting. 1930.

Siber: Schuldrecht, Grundriß d. deutschen bürgerlich. Rechts, Band 2, Leipzig-Meiningen 1931.

— Römisches Recht. Bd. 2 Römisches Privatrecht. Berlin1928.

Sintenis: Das praktische gemeine Zivilrecht. 1. Bd. 3. Aufl. Leipzig 1868.

Stammler: Theorie der Rechtswissenschaft. Halle 1911.

— Das gesamte deutsche Recht. Teil IV. Erich Jung: Bürgerliches Recht. Berlin.

Staub: Kommentar zum HGB, 4. Bd. 14. Aufl. Berlin-Leipzig 1933.

Staudinger: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, 1. Bd. 9. Aufl. München, Berlin, Leipzig 1925.

— 2. Bd. 3. Teil 9. Aufl. 1929. München, Berlin, Leipzig.

Steinberg: Die Haftung für culpa in contrahendo. Diss. Würzburg 1930.

Süß: Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung für Sachmängel. Leipzig 1931.

v. Tuhr: in Bindings system. Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.

— Der allg. Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. I, Leipzig 1910.

— Bd. II, 1. Hälfte München-Leipzig 1914.

Warneyer: Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. Tübingen 1930.

Weyl: System der Verschuldensbegriffe im bürgerlichen Gesetzbuche für das Deutsche Reich. München 1905.

Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. I. Bd. 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.

Wolff, M.: Sachmängel beim Kauf. J. Jahrb. Dogm. 56, 1 ff.

Zitelmann: Lücken im Recht. Leipzig 1903.

Arch. bürg. R.	=	Archiv für bürgerliches Recht
Arch. ziv. Pr.	=	Archiv für zivilistische Praxis
RGZ.	=	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
Gruch. Beitr.	=	Gruchots Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts
Warn. Rechtspr.	=	Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, herausgegeben von Warneyer
JW	=	Juristische Wochenschrift
LZ.	=	Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht
RGRK.	=	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts
DJZ	=	Deutsche Juristen-Zeitung
Recht	=	Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand
Seuff. Arch.	=	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte

§ 1

Die Vertrauenssphäre

Die Grundeinteilung jeden Schuldrechts zeigt sich in getrennter Regelung des Rechts der vertraglichen Beziehungen von dem der unerlaubten Handlungen. Ein Verbundensein anders als aus Vertrag oder Delikt wird nur im Rahmen der Gefährdungs- und Billigkeitshaftung anerkannt. Auch das BGB regelt die rechtlichen Verhältnisse zwischen zwei oder mehreren Personen **nach** dem Abschluß von Verträgen, bezw. dem Geschehen unerlaubter Handlungen.

Im gesamten Schuldrecht gibt es außer den Vorschriften über einseitige Rechtsgeschäfte nur eine kleine Anzahl von Bestimmungen, die für eine Vertrauenssphäre bei Verträgen oder unerlaubten Handlungen nicht angewandt werden können.

Aufgabe dieser Arbeit ist es nicht, sich mit den rechtlichen Eigentümlichkeiten zu befassen, wie sie im Bereich bereits abgeschlossener Rechtsgeschäfte (Verträge) oder unerlaubter Handlungen in Erscheinung treten.

Sie soll vielmehr die Sphäre eines werdenden Rechtsgeschäfts (Vertrages), d. h. die bereits vorhandenen Rechtsbindungen beim Kaufabschluß behandeln unter besonderer Berücksichtigung der Zulässigkeit des Analogieschlusses aus § 463 Satz 2 BGB.

Die einzelnen Rechtssubjekte, die derselben Rechtsordnung angehören, stehen zueinander ohne ihr Zutun in den gleichen Beziehungen. In dieser Sphäre herrscht das Recht der unerlaubten Handlung. Es ist eine Zone rechtlicher, unmittelbar gesetzlicher Mindestbeziehungen, es ist eine Sphäre des Mißtrauens.

Soll nun zwischen zwei verschiedenen Rechtssubjekten ein Vertrag geschlossen werden, so müssen diese zuvor in besondere Beziehungen treten. Sie müssen, ehe sie in die Vertragssphäre gelangen, erst durch das Stadium der Vertragsverhandlungen hindurch. Die rechtlichen Beziehungen zwischen

beiden sind hier im Werden. Deswegen sind diese Beziehungen rechtlich auch schwerer zu erfassen als die vom Gesetzgeber fest umrissenen Erscheinungen des geschlossenen Vertrages.

Die sich in vielen Bestimmungen des BGB vielgestaltig auswirkende Grundidee des Stadiums der Vertragsverhandlungen ist in einem Vertrauensverhältnis der Verhandlungs-, späteren Vertragsparteien zueinander verankert.

Die Kontrahenten werden in dem Vertrauen, das sie bezüglich der verschiedenartig gelagerten Umstände einander entgegenbringen, durch die Rechtsordnung geschützt; denn unsere Rechtsordnung will nicht, daß „summum ius" zur „summa iniuria" wird. Damit beugt sich die Rechtsordnung den Anschauungen einer nicht mehr auf egoistischer Interessenverfolgung aufgebauten sozialen Ethik.

Deshalb kann dieses Stadium nicht besser als mit dem Ausdruck „Vertrauenssphäre" bezeichnet werden.

Jede Partei soll glauben, d. h. zuversichtlich darauf vertrauen dürfen, daß die andere Partei in Ausübung ihrer Rechte und Pflichten treu sein wird, d. h. den Anforderungen entsprechen wird, die jeder billig denkende Volksgenosse in Würdigung aller Umstände des einzelnen Falles nach objektivem Ermessen für gerecht hält.

Der objektive Maßstab unserer Kultur- und Rechtsanschauungen ist heute in der Ideenwelt des Nationalsozialismus verankert. Dieser läßt keinen Zweifel darüber, daß die Handlungsweise keines Volksgenossen gegen das Wohl der Allgemeinheit und gegen die Interessen des Vertragspartners als Glied der Allgemeinheit verstoßen darf.[1]) Das Manneswort soll seinem vollen Umfange nach gelten und sophistische Deutungen dabei ausgeschlossen sein. So will es Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Volksgemeinschaft.

Der in eine bestimmte Vertrauenssphäre zu einem anderen eintretende Volksgenosse muß in seinem Vertrauen auf das Vorhandensein oder Nichtvorhandensein bestimmter Zusicherungen seines Vertragspartners geschützt sein, d. h. der Vertrauende muß geschützt sein hinsichtlich der von seinem Gegner übernommenen Pflichten „in contrahendo" schon im Stadium der Vertragsverhandlungen.

---

1) Vgl. hierzu Programm der nationalsozialistischen deutschen Arbeiterpartei vom 24. Februar 1920, Punkt 18: „Wir fordern den rücksichtslosen Kampf gegen diejenigen, die durch ihre Tätigkeit das Gemeininteresse schädigen. Gemeine Volksverbrecher, Wucherer, Schieber usw. sind mit dem Tode zu bestrafen, ohne Rücksichtnahme auf Konfession und Rasse."

Mit dem Problem der Pflichten in der Vertrauenssphäre sind wir eingetreten in das Problem der sogenannten „culpa in contrahendo".

Diese aber kann heute als „ausgemachte Sache" [1]) gelten, und braucht daher im Folgenden nicht näher behandelt zu werden. Zum Verständnis soll späterhin an geeigneter Stelle lediglich eine kurze Zusammenfassung des heutigen Standes der Lehre vom „Verschulden beim Vertragsabschluß" gegeben werden.

§ 2

Der Begriff der Arglist

In den Bestimmungen über schuldhaftes Verhalten spielt in der modernen Gesetzgebung der Begriff „Arglist" eine große Rolle. Daß bei der jeweiligen Zugliederung dieses Wortes in den Gesetzestext die Zeitauffassung in Erscheinung tritt, ergibt sich aus der Natur des Begriffes selbst. Immer aber versucht man zu vermeiden, das Wort Arglist als Substantiv selbständig in eine Gesetzesbestimmung einzustellen.

Der erste Entwurf zum BGB wollte den allgemeinen Begriff der „Arglist" als besonderen Tatbestand; so war in § 604 der Fall des arglistigen Handelns hinsichtlich der Erteilung einer Empfehlung oder eines Rates positiv geregelt.

Im BGB selbst ist der Begriff „Arglist" als Substantiv nirgends tatbestandsmäßig enthalten; als Adjektiv tritt er uns in den Fällen der „arglistigen Täuschung" und des „arglistigen Verschweigens" in verschiedenen Bestimmungen, so in §§ 123, 463 BGB usw. entgegen.

So fragt es sich, ob die Arglist in der systematischen Stellung des Gesetzes ein selbständiger Begriff ist oder ob sie den Verschuldenselementen zuzurechnen ist.

In der Literatur [2]) begegnen wir vielfach der Ansicht, daß die Arglist eine Art des Vorsatzes ist. Das ist insoweit richtig, als ohne Vorsatz nicht arglistig gehandelt werden kann. Mit Recht meint daher Weyl [3]) „zwar enthält jede arglistige Hand-

1) RGRK § 276 Anm. 3 S. 452.

2) Cosack I Anm. II 1 b zu § 71 S. 249: „Eine besondere Art des vorsätzlichen Verschuldens ist die Arglist". Hölder I Anm. 2 zu § 123 S. 273: „Arglistig ist jede Täuschung, die als eine den andern bestimmende gewollt ist. Das Adjektiv bringt das Erfordernis des Vorsatzes." Crome I Anm. 4 a zu § 95 S. 429. Endemann I Fußn. 4 der Anm. V I a zu § 72 S. 355: „Das vom Gesetz hinzugefügte Erfordernis der Arglist begreift in sich sowohl den Vorsatz . . ., als auch die Absicht . . ."

3) Weyl, Gesetzeskonkurrenz, I Anm. VI 2 d zu § 58 S. 457.

lung einen Vorsatz, aber nicht jede vorsätzliche Handlung eine Arglist." Derselben Ansicht ist v. Tuhr,[1]) wenn er sagt: „Das Gesetz spricht von Arglist bei vorsätzlichen Handlungen, bei welchen die Absicht darauf gerichtet ist, einen rechtswidrigen Erfolg herbeizuführen." Das Reichsgericht[2]) hat in diesem Zusammenhang ausgeführt, daß die Absicht der Schädigung nicht zum Begriff des Vorsatzes gehört; das ergebe sich daraus, daß das BGB in den Fällen, wo es ein absichtliches Handeln oder Unterlassen verlange, dies durch den besonderen Zusatz der „Arglist" ausdrücke, z. B. §§ 123 Abs. I; 318 Abs. II; 443; 476; 1334; 1337 Abs. II; 2339 Ziff. 3. Zum Begriff erforderlich aber sei das Bewußtsein, daß die Handlung oder Unterlassung den schädlichen Erfolg haben werde. Der Erfolg muß also vorausgesehen und dennoch die Handlung vorgenommen sein.

Der Begriff der Arglist kann nach Ansicht des Verfassers nur dann genau erkannt werden, wenn man das Wort in seine Bedeutung zerlegt. Der vom Gesetz als Substantiv nicht verwendete Ausdruck „Arglist" will ein bestimmtes Verhalten erklären und bringt zum Ausdruck, daß es ein „arges" und „listiges" Verhalten ist.

Aus einer solchen Zerlegung läßt sich erkennen, daß der Begriff „arg" als objektives Merkmal, der Begriff „listig" als subjektives Merkmal zu bewerten ist. Denn man bezeichnet einen Zustand oder ein Verhalten als arg, wenn zum Ausdruck gebracht werden soll, daß der Zustand oder das Verhalten objektiv in gewisser Hinsicht unerträglich, eben „arg" ist. Damit ist noch nicht gesagt, daß der Zustand „listig" ist oder listig herbeigeführt wurde. Das Wort „listig" deutet darauf hin, daß sich jemand einen bestehenden, objektiv unerträglichen Zustand zu Nutzen macht, um auf nicht offene, sondern heimliche, eben listige Weise den andern zu schädigen. Ein „arger" Zustand kann objektiv unabhängig vom menschlichen Willen entstanden sein; als ein „arglistiger" Zustand aber ist er zu bezeichnen, wenn er vom menschlichen Verstande gewollt, also bewußt in den Vorsatz aufgenommen wurde. Mit Weyl[3]) möchte ich den Begriff der Arglist in die Worte fassen:

> „Arglist ist das vorsätzliche und zugleich versteckte und objektiv verwerfliche Verhalten."

Im Ergebnis ist zu sagen, daß meines Erachtens der Begriff „Arglist" nicht als selbständiger Tatbestand im bürgerlichen Gesetzbuch zu betrachten ist, vielmehr als ein besonderer Fall

1) v. Tuhr, Allgem. Teil 1, III § 89 S. 486.
2) RGZ 57, 239 (241).
3) Weyl, a. a. O. Anm. V zu § 58 S. 456.

des Vorsatzes erscheint.[1]) Wer einen bestehenden argen Zustand erkannt hat und ihn einem anderen als günstig oder gar nicht vorhanden hinstellt, handelt arglistig. Denn er spiegelt wider besseres Wissen falsche Tatsachen arglistig vor.[2]) Arglist ist immer da anzunehmen, wo der Erklärende weiß, daß seine Erklärung für den andern erheblich ist und er schon mit der Möglichkeit rechnet, daß sie der Wahrheit nicht entspricht.[3]) Und arglistig handelt, wer die Täuschung eines anderen, gleich ob sie hervorgerufen wurde oder infolge irriger Vorstellungen des anderen schon bestand, als Mittel benutzt, um auf die Entschließung des Erklärenden nachteilig einzuwirken.[4]) Es genügt, wenn der Täuschende weiß, daß ohne seine Handlung der Getäuschte auch nur möglicherweise nichts getan hätte.[5])

Aus der Natur des Begriffes ergibt sich von selbst, daß wer mit „Arglist" handelt, gleichzeitig gegen „Treu und Glauben" und „die guten Sitten" verstößt.

Treu und Glauben und das Verbot der Arglist, beides Grundsätze, die unser gesamtes Recht wie ein roter Faden durchziehen, stehen aber nicht unwandelbar fest. Ihr Inhalt ergibt sich vielmehr aus den jeweiligen Anschauungen, die ihrerseits wieder in den herrschenden sittlichen und rechtlichen Auffassungen wurzeln. So viel kann jedoch gesagt werden, daß der arglistig Handelnde immer gegen Treu und Glauben und damit gegen die guten Sitten verstößt. Heute ist es anerkannten Rechtes, daß ein allgemeiner Satz besteht, der sich aus den §§ 157, 242 BGB gebildet hat und besagt, daß der Maßstab von Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte bei der Auslegung von Rechtsgeschäften und Gesetzesvorschriften anzulegen ist. Die §§ 157 und 242 BGB gegeneinander abzugrenzen, dazu besteht im Rahmen dieser Arbeit keine Notwendigkeit.[6])

Es ist vielfach versucht worden aus dem Vorhandensein des Begriffes „Arglist" zu schließen, daß er eine „exceptio doli generalis" gewähren will. Es ist nicht zu streiten, daß ein Verstoß gegen die Arglist gleichzeitig auch immer gegen die guten Sitten, § 826 BGB, gerichtet ist.[7])

---

1) Vgl. Weyl, a. a. O. Anm. VI 2e zu § 58 S. 457 f.
2) Vgl. Staudinger, Kommentar zum BGB, I Anm. IV zu § 123 S. 122.
3) Vgl. RG Warn. 1913 Nr. 42; RG in LZ 1926, 324 1; RG in JW 1929, 3161 13.
4) RGRK Anm. 2 zu § 123 S. 171. Siehe auch v. Tuhr, a. a. O. 1, III § 89 S. 486.
5) JW 1909, 308; 1912, 151; Warn. Rechtsspr. 1923 Nr. 12. Vgl. auch Lehmann, Allgem. Teil Anm. 4, 1 zu § 34 S. 263.
6) Vgl. Siber, Schuldrecht 2 Anm. I, 1 zu § 18 S. 66/67.
7) Weyl, a. a. O. Anm. V, 6e zu § 58 S. 462.

Inhaltlich aber gehen die §§ 157, 242 und 826 BGB weit über die römische exceptio doli generalis hinaus. Deswegen muß nachdrücklich festgestellt werden, daß die genannten Vorschriften erst dann anzuwenden sind, wenn sich aus dem Gesetz ein befriedigendes Ergebnis nicht erzielen läßt. Aus der Tatsache, daß der Begriff der Arglist gedanklich immer von den „königlichen Paragraphen" umfaßt wird und aus der Tatsache, daß die §§ 157, 242, 826 BGB in verständiger und kluger Anwendung auch die Fälle treffen, welche vom Gesetz ausdrücklich nicht geregelt sind, ist darauf verzichtet worden und kann meines Erachtens darauf verzichtet werden, den Begriff der Arglist im bürgerlichen Gesetzbuch besonders zu normieren.

Wie bereits erwähnt, sind die beiden wichtigsten Fälle in denen uns der Begriff der Arglist, wenn auch nur als Adjektiv, entgegentritt, die §§ 123, 463 Satz 2 BGB.

Wenn jetzt im Anschluß an den Begriff der Arglist diese beiden Vorschriften in ihrem Verhältnis zueinander betrachtet werden, so deshalb, weil eine Gegenüberstellung dieser beiden Rechtsnormen mit dem Tatbestande des § 463 Satz 2 BGB bekannt macht, dessen Rechtsgrund gefunden werden muß, weil seine Kenntnis Voraussetzung für die Vornahme eines Analogieschlusses ist.

§ 3

Die Anwendbarkeit des § 123 BGB bei § 463 Satz 2 BGB

Wenn in § 123 BGB gesagt ist: „Wer zur Abgabe einer Willenserklärung durch „arglistige Täuschung" bestimmt worden ist, kann die Erklärung anfechten;" so ist sie damit grundsätzlich [1]) anerkannt, daß die Täuschung auch durch Schweigen erfolgen kann. Bei dieser Feststellung erinnern wir uns, daß in § 463 Satz 2 BGB das „arglistige Verschweigen" zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung verpflichtet.

Es ist daher zu fragen, ob neben dem Anspruch aus § 463 Satz 2 BGB auch die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung Anwendung findet. Denn beim Kauf einer bestimmten Sache wird die arglistige Täuschung oft darin bestehen, daß der Verkäufer einen Fehler arglistig verschweigt. Daraus folgt ein Zusammentreffen des Tatbestandes von § 123 mit § 463 BGB.[2])

---

1) Oertmann, Komm. I Anm. I 1 e zu § 123 S. 423. Vgl. auch RGRK Anm. 2 zu § 123 S. 171 ff.

2) So Lent, Gesetzeskonkurrenz I § 17 S. 361.

Aus der Stellung des § 123 BGB im Allgemeinen Teil ist zu folgern, daß diese Vorschrift auf alle Rechtsgeschäfte sinngemäß Anwendung zu finden hat, die in den nachfolgenden Büchern des BGB behandelt werden, es sei denn, daß § 123 BGB durch eine singuläre Rechtsnorm verdrängt wird. Schon hier taucht die Frage auf, ob § 463 BGB etwa eine Ausnahmevorschrift darstellt oder nicht. Diese Frage ist später noch ausführlich zu behandeln und daher hier zurückzustellen. Für die Ausführung dieses Kapitels soll sie verneint werden; denn § 463 Satz 2 BGB ist meines Erachtens als ein Fall der „culpa in contrahendo" aufzufassen und nicht als Sondernorm gegenüber dem § 123 BGB.

Die Tatbestände der §§ 123, 463 Satz 2 BGB sind verschiedene, keine der Bestimmungen kann als lex specialis angesprochen werden.[1]) Denn die arglistige Täuschung bezieht sich bei § 123 BGB durchaus nicht notwendig auf Sachfehler oder zugesicherte Eigenschaften, weil sich die Täuschung nicht auf die Sache zu beziehen braucht und schon gar nicht auf Fehler, wie sie § 459 Abs. I BGB umfaßt. Und umgekehrt kann eine Sache mit Fehlern behaftet sein, ohne daß über diese getäuscht wurde.

Weiterhin unterscheiden sich der Tatbestand der „arglistigen Täuschung" und der des „arglistigen Verschweigens" dadurch, daß der Tatbestand der „arglistigen Täuschung" kausal[2]) für die Abgabe der Willenserklärung sein muß, während der Tatbestand des arglistigen Verschweigens das nicht erfordert.[3])

Wer im Sinne des § 123 BGB getäuscht wurde, wird meist über einen Sachfehler getäuscht worden sein; das ist aber nicht unbedingt notwendig, da die arglistige Täuschung sich auch auf andere Willenserklärungen beziehen kann. Bei dem Tatbestande des arglistigen Verschweigens im Sinne des § 463 Satz 2 BGB handelt es sich immer um Fehler. Eine Täuschung ist in jedem Falle erfolgt, die sich aber bei beiden Tatbeständen nicht gleich steht; vielmehr greift der Tatbestand des § 463 Satz 2 BGB in vielen Fällen über den des § 123 BGB hinaus.[4])

Auch die innere Verschiedenheit beider Tatbestände wird ersichtlich, wenn man bedenkt, daß die Anfechtung aus § 123 BGB die abgegebene Willenserklärung vernichtet, während der Anspruch aus § 463 Satz 2 BGB auf positiven Schadensersatz gerichtet ist, der durch das arglistige Verschweigen der Mängel dem Käufer entstanden ist.

---

1) Siehe Lent, a. a. O. § 17 S. 361.

2) Siehe Oertmann I Anm. B 1 b zu § 123 S. 422. RGRK 1 Anm. 2 zu § 123 S. 173. Reuer, a. a. O. S. 25. RG in JW 1911, 275 2.

3) Vgl. Lent, a. a. O. S. 361.

4) Lent, a. a. O. S. 362.

Die praktische Bedeutung, die Anfechtung aus § 123 BGB neben § 463 BGB unbedingt zuzulassen, ja geradezu ihre Notwendigkeit zu bejahen, ist daraus zu ersehen, daß die Anfechtung aus § 123 BGB nur zum Ersatze des negativen Schadens führt, [1]) während im Falle des arglistigen Verschweigens gemäß § 463 Satz 2 BGB dieses Verhalten zum Ersatz des Erfüllungsinteresses führt. [2]) Denn § 463 Satz 2 BGB stellt den Fall des arglistigen Verschweigens ausdrücklich dem der Zusicherung in § 459 Abs. II BGB gleich; und daß für zugesicherte Eigenschaften auf das positive Interesse gehaftet wird, ist unbestritten. Die Gleichstellung von § 459 Abs. II und § 463 Satz 2 BGB aber ergibt, daß auch bei § 463 Satz 2 auf das Erfüllungsinteresse gehaftet wird.

Es wäre unbillig, wollte man dem betrogenen Käufer, der nicht beim Vertrage stehen bleiben, sondern anfechten will, die Anfechtung aus § 123 BGB versagen, zumal § 123 nur das negative Interesse gewährt. Der betrogene Käufer muß aber und soll selbst entscheiden, ob er beim Vertrage stehen bleiben oder anfechten will. Wählt er die Anfechtung, so wird das in vielen Fällen ungünstiger sein, weil ihm nur der negative Schaden ersetzt wird. Es gibt aber viele Fälle, in denen er besser steht, wenn er den Vertrag durch Anfechtung vernichtet und auf die Gewährschaftshaftung verzichtet.

§ 4

§ 463 Satz 2 BGB ist analog auf den Fall „arglistiger Vorspiegelung" anzuwenden

§ 463 BGB bestimmt:

„Fehlt der verkauften Sache zur Zeit des Kaufes eine zugesicherte Eigenschaft, so kann der Käufer statt der Wandelung oder der Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat."

Unerwähnt vom Gesetz bleibt der Fall, daß der Verkäufer beim Vertragsschlusse das Vorhandensein einer Eigenschaft arglistig vorspiegelt, ohne jedoch deren Vorhandensein vertraglich zuzusichern.

---

1) RGRK I Anm. 5a zu § 123 S. 177. Der Berechtigte ist gemäß § 249 so zu stellen, wie er gestanden hätte, wenn er den Vertrag nicht abgeschlossen hätte. Staub, Kommentar zum HGB IV Anm. 165 b zu § 377 S. 266. Vgl. Staudinger I, Anm. VI 3 zu § 123 S. 513 f.

2) So Oertmann, II, 2 Anm. 5b zu § 463 S. 609.

Das Reichsgericht [1]) hat durch Analogieschluß [2]) aus der Gleichheit des Rechtsgrundes mit den beiden vom Gesetzgeber im § 463 BGB aufgeführten Anwendungsfällen gefolgert, daß das betrügliche Vorspiegeln einer Eigenschaft ein dritter Anwendungsfall des Schadensersatzanspruches nach § 463 BGB sei.

Die praktische Bedeutung der Frage, ob die Vorschrift des § 463 BGB analog auf den Fall der arglistigen Vorspiegelung zu erstrecken ist oder nicht, liegt darin, daß bejahendenfalls der Käufer den Verkäufer auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen kann, wenn dieser bei den Vertragsverhandlungen arglistig Eigenschaften der Kaufsache vorspiegelt, ohne diese vertraglich zuzusichern. Würde man diesen Standpunkt verneinen, so bleibt dem Käufer allein das Anfechtungsrecht des § 123 BGB und damit nur ein Anspruch auf Ersatz des negativen Interesses. Daneben könnte der Geschädigte seine Ansprüche allerdings auch auf § 826 BGB stützen.

Der Käufer, der durch eine arglistige Vorspiegelung zum Abschluß des Kaufvertrages bestimmt wurde, kann dann den Verkäufer nicht auf das Erfüllungsinteresse in Anspruch nehmen, weil das Gesetz für den Fall der arglistigen Vorspiegelung einen vertraglichen Anspruch auf das positive Interesse gemäß § 463 BGB nicht gewährt. Wenn, um ein Beispiel zu geben, ein Handelsgeschäft verkauft wird und der Verkäufer sagt: „Ich habe einen Jahresumsatz von 100 000 Mark“ und der Käufer auf Grund dieser Aussage einige Tage später das Geschäft kauft, so stellt sich diese Erklärung des Verkäufers als eine „außervertragliche Zusicherung“ dar, die eine Haftung aus § 463 BGB nicht begründet.

Der Käufer, der in den Vorverhandlungen durch eine außervertragliche Zusicherung arglistig getäuscht wurde, kann nur die Anfechtungsklage, die Bereicherungsklage und die Deliktsklage erheben, wenn die analoge Anwendung des § 463 BGB für den Fall der arglistigen Vorspiegelung versagt wird. Die Anfechtungs- und die Deliktsklage führen jedoch nur zum Ersatz des negativen Schadens.

Deshalb hat das Reichsgericht die Vorschrift des § 463 BGB analog auf den Fall der arglistigen Vorspiegelung erstreckt, um dem betrogenen Käufer das Erfüllungsinteresse geben zu können, wenn er bei dem Vertrage stehen bleiben will.

Ueber die Zulässigkeit und Notwendigkeit dieses Analogieschlusses aus § 463 BGB gehen die Meinungen in der Rechtswissenschaft auseinander und dem Reichsgericht sind viele

1) RGZ 63, 112; 66, 338; 83, 243; 92, 295; 103, 160. JW 1913, 198 [5]; 1910, 934 [4].

2) Erstmals in RGZ 66, 335.

Gegner erwachsen, die mit den verschiedenartigsten Gründen den Analogieschluß lebhaft bekämpfen.

Daß in dieser Frage die Meinungen nicht die gleichen sind, wird verständlich, wenn man bedenkt, daß alle Fragen, welche sich mit dem Gebiete des Kaufes befassen, äußerst schwierig und verwickelt sind; zumal die Beantwortung dieser Frage von der Lösung anderer Fragen abhängt, die oft auch noch ineinander übergreifen. Genau so liegt es auch bei der Betrachtung, ob der Analogieschluß mit Recht bekämpft wird oder nicht. Bei der Untersuchung, ob eine Analogie aus § 463 Satz 2 BGB für den Fall der arglistigen Vorspiegelung rechtssystematisch zu begründen ist, soll so vergegangen werden, daß zunächst, unter Beiseitelassen der gegnerischen Gründe, ein selbständiger Erkenntnisgrund gewonnen wird, von dem aus später, soweit noch notwendig, auf die Gründe für oder gegen den Analogieschluß einzugehen ist. Diese Trennung empfiehlt sich deshalb, weil auf der erkannten Grundlage der umfangreiche Stoff zweckmäßig zu behandeln ist.

Während § 285 I, 5 ALR bestimmte, daß, wer beim Abschließen des Vertrages seine Pflichten vorsätzlich oder aus grobem Versehen verletzt, das Erfüllungsinteresse zu ersetzen habe, hat das Bürgerliche Gesetzbuch keine Bestimmung für den Fall arglistiger außervertraglicher Zusicherungen getroffen, die nach Kaufgrundsätzen zu einer Haftung aus § 463 BGB führen könnte.

Nur bei den Normen des Kaufes hat der Gesetzgeber in § 463 BGB bestimmt, daß der Verkäufer für vertraglich zugesicherte Eigenschaften und arglistig verschwiegene Fehler haftet. Der Wortlaut des § 463 BGB umfaßt aber den Fall der arglistigen Vorspiegelung nicht. Das Gesetz schweigt und gibt unmittelbar keine Auskunft darüber, wie es den Fall der arglistigen Vorspiegelung entschieden wissen will. Man pflegt in einem derartigen Falle von einer Lücke im Gesetz zu sprechen.

Die Lücke besteht darin, daß eine besondere gesetzliche Regelung für den konkreten Fall nicht vorliegt. Keine Lücke in dem Sinne liegt vor, wenn der konkrete Fall unter keinen Rechtssatz subsumierbar ist, sondern nur dann, wenn die auf Grund der vorhandenen Rechtssätze getroffene Entscheidung zu einem unbefriedigenden Ergebnis führt. Mit Recht meint Zitelmann,[1]) daß man zwei Arten von Lücken unterscheiden müsse, und daß es sich in den Fällen, in denen man meist von Lücken spräche, in Wahrheit darum handele, daß „für besondere Tatbestände eine besondere von der allgemeinen Regel abweichende rechtliche Behandlung im Gesetz vermißt würde."

1) Zitelmann, Lücken im Recht, S. 24 unten.

So liegt es auch in unserem Falle. Es ist nicht so, daß der Fall der arglistigen Vorspiegelung unter keinen Rechtssatz des Kaufes einzuordnen ist. Dem Sinne nach wird man alsbald an § 463 Satz 2 BGB denken, da hier der Fall des arglistigen Verschweigens, den wir schon kennengelernt haben, aufgeführt ist.

Wir haben also festgestellt, daß § 463 BGB eine Lücke im „uneigentlichen" Sinne, wie ich sie nennen möchte, aufweist, indem der Fall der arglistigen Vorspiegelung unerwähnt geblieben ist. Darüber besteht kein Zweifel, daß der Richter, der diesen Fall zu entscheiden hat, einen Richterspruch nicht verweigern darf. Dieser Grundsatz war im preußischen Landrecht [1]) und im Sächsischen Bürgerlichen Gesetzbuch [2]) unmittelbar ausgesprochen. Auch aus dem Entwurf I zum BGB ergab er sich und ist nur, weil selbstverständlich, im Bürgerlichen Gesetzbuch fortgefallen. [3]) Artikel 4 des code civil drückt diesen Grundsatz so aus: „Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice". Er ist, wenn auch im bürgerlichen Gesetzbuch nicht ausdrücklich vorgesehen, vom Richter unbedingt zu achten, er muß eine Entscheidung geben.

Das Schweigen des Gesetzes kann eine mehrfache Bedeutung haben. Entweder wollte oder konnte der Gesetzgeber den Fall der arglistigen Vorspiegelung nicht regeln oder er hat ihn zu regeln übersehen. Die Materialien zum BGB klären das Schweigen nicht auf. Deutet man das Schweigen des Gesetzes dahin, daß es keine Entscheidung geben will, so kommt man zwangsläufig zu dem Ergebnis, daß es überhaupt keine „uneigentlichen" Lücken im Gesetz gibt. Das Schweigen ist dann als eine positive gesetzliche Regelung zu werten, dahingehend, daß der Gesetzgeber eine Antwort nicht erteilen wollte. Zu einer derartigen Wertung darf jedoch kein Gesetz kommen, weil es zu einem völligen Erstarren und zu einem toten Buchstabenglauben führen würde. Es gibt kein Gesetz, das für alle nur erdenklich vorkommenden Fälle des Lebens eine Bestimmung treffen könnte. Diese Erkenntnis überliefert uns schon der Römer Julian, wie die Stellen L 10 und 12 D de leg 1,3 zeigen. [4])

1) Einleitung § 49.
2) §§ 22 ff.
3) Prot. I S. 2.
4) „Neque leges, neque senatusconsulta ita scribi possunt, ut omnes casus, qui quandoque inciderint, comprehendantur, sed sufficit ea, quae plerumque accidunt, contineri."
„Non possunt omnes articuli singillatim aut legibus, aut senatusconsultis comprehendi, sed cum in aliqua causa sententia eorum manifesta est, is, qui iurisdictioni praeest, ad similia procedere, atque ita ius dicere debet."

Es hat auch keinen Sinn Vermutungen aufzustellen, warum der Gesetzgeber den Fall der arglistigen Vorspiegelung nicht in § 463 BGB erwähnt hat. Auch ist durch Umkehrschluß — argumentum e contrario — daraus, daß das Gesetz nur einen Fall erwähnt, nicht zu folgern, daß es für andere ähnliche Fälle nicht gelten will.[1]) Da nirgends bestimmt ist, wann der Umkehrschluß zulässig ist und wann nicht, würde seine beliebige Anwendung zu unhaltbaren Ergebnissen führen. Um festzustellen, ob wirklich eine Lücke im Gesetz ist, fragen wir vielmehr: Ergibt die Anwendung des § 463 BGB auf den Fall der „arglistigen Vorspiegelung" eine verständige und befriedigende Entscheidung?

Diese Frage ist zu verneinen. Denn der Wortlaut des § 463 BGB erwähnt den Fall der „arglistigen Vorspiegelung" nicht, und der Richter kann wegen arglistiger Vorspiegelung in den Vorverhandlungen zum Kaufe nur ex delicto auf Ersatz des negativen Schadens erkennen.

Hier erhebt sich nun die zweifelhafte und heiß umstrittene Frage, ob § 463 BGB nur bietet, was der Wortlaut ausspricht oder darüber hinaus auch die Fälle der arglistigen Vorspiegelung von Eigenschaften der Kaufsache deckt.

Steht mithin nach den bisherigen Ausführungen fest, daß § 463 BGB eine Lücke im „uneigentlichen Sinne" aufweist, so müssen wir weiter fragen, wie diese uneigentliche Lücke auszufüllen ist.

Die Rechtsfindung, welche beim Vorliegen einer Lücke einzutreten hat, kennt zwei Hilfsmittel: Die Auslegung und die Analogie. Letztere greift Platz, wenn im Wege der Auslegung ein befriedigendes Ergebnis nicht zu erreichen ist.

Kann, so ist weiter zu fragen, der Rechtssatz des § 463 Satz 2 BGB dahin ausgelegt werden, daß sich der Wortlaut dieser Vorschrift auch auf die Fälle arglistiger außervertraglicher Zusicherungen erstreckt?

Bei der Auslegung unterscheidet man die ausdehnende und die beschränkende Interpretation, je nachdem man den Rechtssatz auf Fälle anwendet, für die er dem Wortlaut nach nicht paßt, oder der Rechtssatz auf Fälle nicht angewandt wird, die der Wortlaut mitumfaßt. Mit dieser Einteilung ist allerdings nichts gewonnen, da sie nicht besagt, wann die eine oder die andere Art der Auslegung stattzufinden hat.

Bei § 463 BGB kommt nur eine ausdehnende Auslegung in Frage, da der § 463 BGB dem Wortlaut nach nicht auf den Fall der arglistigen Vorspiegelung zutrifft.

Eine Rechtsvorschrift auslegen, heißt ihren Sinn ermitteln, die „wirkliche Bedeutung"[2]) erforschen und zwar denjenigen Sinn, der für die richterliche Entscheidung maßgebend ist.[3])

1) Vgl. Danz, Einführung S. 84.
2) Vgl. Cosack-Mitteis I zu § 13 S. 26.
3) Vgl. Enneccerus-Kipp-Wolff I, 1 § 49 S. 104.

Auszulegen ist also das Gesetz, sein Inhalt ist zu erkennen. Unklarheit herrscht darüber, was Inhalt des Gesetzes ist. Einige meinen, Gegenstand der Auslegung ist:

„Der objektive Sinn des Gesetzes", [1])

andere sagen:

„Der Wille des Gesetzgebers" [2])

ist zu erforschen.

Zu diesem Streit ist zu bemerken: Auszulegen ist der Wortlaut des Gesetzes in der Fassung wie das Gesetz geworden ist. „Gesetz ist der Ausdruck des Willens des Gesetzgebers, Inhalt des Gesetzes ist der Wille des Gesetzgebers." [3]) Nun besteht die Möglichkeit, daß sowohl der Ausdruck des Gesetzes unklar ist als auch der Inhalt unvollständig. Der Wille des Gesetzgebers ist mitunter nicht vollständig zum Ausdruck gekommen. Ausgelegt wird nicht der Wille des Gesetzgebers, sondern der Wortlaut des Gesetzes. [4]) Wohl aber wird der Wille des Gesetzgebers mit zur Auslegung herangezogen, wenn sich aus dem Wortlaut allein keine Entscheidung ergibt.

Wie hat nun die Auslegung eines Rechtssatzes zu erfolgen?

Für die Auslegung der Willenserklärungen hat das BGB in § 133 bestimmt, daß der Richter den wirklichen Willen des Rechtssatzes zu erforschen und keine bloße Buchstabeninterpretation vorzunehmen hat. Weiter bestimmt § 157 BGB, daß Verträge so auszulegen sind, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern. Der Jurist Celsus [5]) stimmt dieser Anschauung in einer Form bei, die auch heute unverändert unser Recht beherrscht. Es ist anerkannt, daß der für die Auslegung von Willenserklärungen aufgestellte Grundsatz des § 133 BGB auch für die Auslegung von Gesetzen und einzelnen Rechtssätzen gilt [6]) und ebenso § 157 BGB. Denn ohne sinngemäße Deutung, die sich nach der Verkehrsanschauung, der Verkehrssitte und der Anschauung der Allgemeinheit zu richten hat, ist ein Rechtssatz nicht anzuwenden. [7])

1) So Oertmann, Allg. Teil 3. Aufl. 1927 Anm. 2 a zu § 133. Staudinger I 9. Aufl. Einl. S. 17.

2) Bierling, Jur. Prinzipienlehre IV, S. 259.

3) So Regelsberger, Pandekten I § 35 S. 143.

4) Anderer Ansicht, Bierling, a. a. O., für den der Wille des Gesetzgebers ein „klarer u. deutlicher" Begriff ist. Dem ist nicht zuzustimmen; denn ob das, was gesetzlich verkörpert, der wirkliche Wille des Gesetzgebers ist oder nicht, läßt sich schwer sagen, weil der geäußerte Wille das Ergebnis oft komplizierter Ueberlegungen ist, die heute zutreffen und morgen wegen veränderlicher Umstände unrichtig werden.

5) L. 17 D. de leg 1, 3: „Scire leges non hoc est, verba earum tenere, sed vim ac potestatem."

6) Vgl. Staudinger I Anm. 5 zu § 133 S. 551 f.

7) Vgl. Danz, Einführung S. 79 ff.; vgl. derselbe Auslegung S. 203.

Nachdem das „was“ und das „wie“ der Auslegung festgestellt ist, folgt die Nutzanwendung hinsichtlich des § 463 BGB.

Es ist dabei zu prüfen, ob eine auslegende Interpretation des § 463 BGB noch den Fall der arglistigen Vorspiegelung mit umfaßt. Mit anderen Worten: Ist nicht der Tatbestand des arglistigen Verschweigens dem des arglistigen Vorspiegelns gleichzustellen?

Der Unterschied besteht darin, daß das eine Mal durch ein Unterlassen gehandelt wird, das andere Mal durch positives Tun. Das Unterlassen zieht für den arglistig Verschweigenden gemäß § 463 BGB Rechtsfolgen nach sich; das Tun, die arglistige Vorspiegelung, kontraktlich scheinbar nicht. Im Verhältnis zueinander ist begrifflich das Verschweigen ein minus gegenüber dem Vorspiegeln, sodaß man sagen kann:

Wenn schon das Gesetz das arglistige Verschweigen — also ein Unterlassen — mißbilligt, um so mehr muß es das arglistige Vorspiegeln — ein Tun — ablehnen. So wird denn auch behauptet, daß der Analogieschluß nur deshalb notwendig sei, weil sich das Reichsgericht nicht zu einer weitherzigen Ausdehnung des Begriffes der Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. 2 BGB bequemen könne.[1]) Und Lehmann[2]) meint, „daß der Fall einer arglistigen Vorspiegelung einer Eigenschaft im Gesetz nicht erwähnt ist, erklärt sich anscheinend daraus, daß die Kommission in der Vorspiegelung einer Eigenschaft ohne weiteres auch deren Zusicherung erblickte.“

Dieser Ansicht ist aber nicht zuzustimmen. Denn der Verkäufer, der arglistig vorspiegelt, denkt nicht daran eine Zusicherung zu geben und will es auch gar nicht. Versteht man unter Zusicherung jede Aussage, die als ernstlich gemeint und mit dem Anspruch auf Glaubwürdigkeit abgegeben wird, so ist das richtig.

Meines Erachtens jedoch geht diese Auffassung des Begriffs der Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. II BGB zu weit. Eine „zugesicherte“ Eigenschaft liegt nur dann vor, wenn die Zusicherung V e r t r a g s b e s t a n d t e i l geworden ist. Die Vertragsgegner müssen sich darüber einig sein, daß der Erklärende für seine abgegebene Zusicherung vertragsmäßig haften will. Erst dann ist die Zusicherung zu einem Bestandteil des Vertrages selbst geworden.

Bei der Auslegung, ob eine Zusicherung als vereinbart anzunehmen ist, muß ferner berücksichtigt werden, daß häufig vor und bei den Vertragsverhandlungen Angaben gemacht

1) Vgl. v. Tuhr, a. a. O. Bd. I, II S. 636.

2) Siehe Enneccerus-Kipp-Wolff, 12. Bearb. 1932 Anm. III 1 c zu § 108 S. 391. Enneccerus II 11. Bearb. 1930 Anm. 34 S. 368.

werden, die den Anstoß zum Abschluß des Vertrages geben sollen, die aber nicht Vertragsinhalt geworden sind.

Gibt z. B. der Verkäufer, der sein Geschäft verkaufen will, bei den Vorverhandlungen eine Erklärung über die Höhe des Geschäftsumsatzes ab und führen die Kaufverhandlungen einige Tage später zum Kaufabschluß, so ist nicht anzunehmen, daß die Parteien alle Wissensäußerungen, die sie abgegeben haben, als Willenserklärungen in den Vertrag aufgenommen wissen wollten.

Die Aeußerung des Verkäufers, er habe einen Umsatz in der und der Höhe, ergibt nicht, daß er für die Richtigkeit seiner Erklärung einstehen — sie zusichern — diesen Umsatz gewährleisten wolle, zumal es sich in solchen Fällen meist um summarische Angaben handelt, die dem Käufer als solche erkennbar sind. Daß unverbindliche Redensarten, die der Käufer als solche erkennen muß, aus der rechtlichen Betrachtung ausscheiden, sei von vornherein festgestellt; sie gelten nie als vertragliche Zusicherung.

Daher komme ich zu dem Ergebnis, daß außervertragliche Zusicherungen im Rahmen von Vorbesprechungen, also nicht im Vorvertrag, keine Haftung aus § 459 Abs. II BGB begründen.

Würde man den Begriff der Zusicherung, wie v. Tuhr[1]) es will, so weit fassen, daß darunter alle ernstlich gemeinten und glaubwürdigen Aussagen fallen, so würde das zu praktisch unmöglichen Folgen führen, die nicht zu erörtern sind.

Ist also zu einer vertraglichen Haftung einerseits erforderlich, daß die Zusicherung Vertragsbestandteil geworden sein muß,[2]) so ist andererseits notwendig, daß die Zusicherung im Sinne des § 459 Abs. II BGB eine Eigenschaft der Sache betrifft.

Das Reichsgericht[3]) sieht in ständiger[4]) Rechtsprechung als Eigenschaft im Sinne des § 459 Abs. II BGB an „nicht nur die natürlichen, der Sache an sich zukommenden Eigenschaften, sondern auch solche tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse, welche zufolge ihrer Beschaffenheit und vorausgesetzten Dauer nach der Anschauung des Verkehrs einen Einfluß auf die Wertschätzung der Sache auszuüben pflegen."

Diese Auslegung des Begriffs „Eigenschaft" ist ganz den praktischen Bedürfnissen des Lebens angepaßt. Denn die Gewährleistungsansprüche setzen Mängel der Sache voraus. Der

1) v. Tuhr, a. a. O. Bd. 1 II S. 636.

2) a. A. Süß, Wesen und Rechtsgrund der Gewährleistung f. Sachmängel S. 183, der ausführt, daß die Zusicherung nicht zum Vertragsinhalt gehöre, sondern ein Fall der Gewährleistung sei.

3) Gruch. Beitr. Bd. 73, 70 ff.

4) RGZ 52, 2; 59, 243; 61, 86; 63, 61; 101, 416; vgl. auch RGZ 131, 343 (349).

Begriff des Mangels ist aber unlösbar verbunden mit dem Begriffe der Sacheigenschaft. Mangel bedeutet ein Abweichen von der mangelfreien Beschaffenheit (Eigenschaft einer Sache). Fehlt z. B. ein in bestimmter Höhe angegebener Umsatz, so ist dieser nur dann ein Mangel im Sinne des § 459 BGB, wenn der Umsatz selbst als eine Eigenschaft angesehen werden kann.

Ist somit festgestellt, daß die außervertraglichen Zusicherungen nicht unter den Begriff der Zusicherung des § 459 Abs. II BGB fallen können, so muß, da jede, wenn auch noch so weitherzige Auslegung des § 463 BGB, den Fall der arglistigen Vorspiegelung nicht mit umfaßt, weil er durch den Wortlaut nicht zu decken ist, [1]) das Ergebnis aber unbefriedigend ist und die Auslegung versagt, nunmehr untersucht werden, ob § 463 Satz 2 BGB analog auf den Fall „arglistiger Vorspiegelung" anzuwenden ist.

Bevor der Begriff der Analogie festgestellt und der Analogieschluß selber gezogen werden soll, muß zuvor untersucht werden, zu welcher Art von Rechtsvorschriften § 463 Satz 2 BGB gehört: Mit anderen Worten, ob der Rechtssatz, der analog angewendet werden soll, einer analogen Anwendung fähig ist. Es sei bemerkt, daß diese Untersuchung von großer Bedeutung ist, weil die Gegner des Analogieschlusses behaupten, § 463 Satz 2 BGB sei eine Sondervorschrift und als solche keiner analogen Anwendung fähig.

Sonderrecht liegt vor, wenn der Rechtssatz einen allgemeinen Rechtsgrundsatz durchbricht und für besonders geartete Tatbestände etwas Besonderes vorschreibt. [2])

Wir müssen also erforschen, ob Sonderrecht überhaupt einer analogen Anwendung fähig ist.

Paulus [3]) bezeichnet in seiner Schrift „De iure singulari" als Sonderrecht [4]) alle die Rechtssätze, die von der rechtsbildbildenden Gewalt „gegen ein Rechtsprinzip" geschaffen wurden.

Wie ist nun aber die Singularität des einzelnen Rechtssatzes zu erkennen?

Der Sondercharakter einer Rechtsvorschrift als Gegensatz zu der allgemeinen Regel kann nur aus dem Wesen und dem „Inhalt der einzelnen Rechtssätze erkannt werden". [5]) Ob ein

1) v. Tuhr 1, I S. 40. „Ueber die Auslegung hinaus, welche, so extensiv sie auch verfährt, die Grundlage des Wortlautes des Gesetzes nicht verlassen kann, führt die Analogie.

2) So Lehmann, Allg. Teil Anm. IV 3 d S. 36, 4. Aufl. Vgl. auch Enneccerus I 13. Bearb. Anm. I 1 zu § 44 S. 130.

3) L XVI D. de leg. I, 3.

4) „Quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est."

5) Sintenis, Das praktische gemeine Zivilrecht, I 3. Aufl. 1868 § 9 S. 80.

Rechtssatz eine Regel und ein anderer die Ausnahme von der Regel bildet, ist oft schwer festzustellen und kann verschieden beantwortet werden. Die Frage ist nicht etwa nur theoretischer, sondern auch praktischer Natur; denn wenn das Gesetz abweichend von der allgemeinen Regel eine besondere Norm für einen Tatbestand aufstellt, so soll diese die allgemeine Regel nicht aufheben, sondern nur für bestimmte Fälle durchbrechen.

Das Verbot der Analogie eines Sonderrechtssatzes wird oft unter Hinweis auf die Pandektenstellen des Paulus, [1]) des Julian [2]) und des Papinian [3]) behandelt, welche das Verbot der Analogie eines Sonderrechtssatzes aussprechen. Regelsberger [4]) bemerkt zu diesen Stellen, daß sie unverbindlich seien, da sie durch andere in den Quellen enthaltene Stellen widerlegt würden. Denn das Kodizillarrecht z. B. und das Soldatentestament werden als ius singulare bezeichnet, obwohl sie von keinem Prinzip abweichen und daher nicht „contra tenorem rationis" entstanden sind. Betrachtet man sie als Sonderrecht, so zeigt ihre spätere Erweiterung, daß sie entweder nicht Sonderrecht waren oder aber innerhalb ihres Prinzips analog angewendet werden durften.

Man wird daher sagen können, daß das ius singulare zwar ein prinzipwidriges Recht ist, indem es von der allgemein gültigen Regel abweicht, aber dennoch sein eigenes, der Regel gegenüber engeres Prinzip enthält, das dieselbe Geltung wie das allgemeine Prinzip beansprucht. Der Sonderrechtssatz darf die Regel durchbrechen, aber nicht aufheben. Gegen eine analoge Anwendung des Sondersatzes innerhalb seiner ratio bestehen deshalb keine Bedenken, weil die ratio der allgemeinen Regel davon unberührt bleibt. So meint Windscheid, [5]) ein Sonderrechtssatz „dürfe nicht weiter ausgedehnt werden, als der eigentliche Gedanke der Bestimmung reicht". Aber auch die Analogie [6]) wird man zulassen, wenn man sie nicht überhaupt in Frage stellt.

Denn jeder neu auftretende Rechtssatz stellt sich oft gegenüber den vorhandenen Normen als regelwidriges Recht dar. Das S. C. Velleianum, das den Frauen Bürgschaften und Dar-

---

1) L 14 D de leg. 1, 3. „Quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias."

2) L 19 D de leg. 1, 3. „In his, quae contra rationem iuris constituta sunt, non possumus sequi regulam iuris."

3) L 23 § 30 de Fideicommissariis libertatibus 40, 5 S. 41. „Quam sententiam iure singulari receptam ad cetera fideicommissa relicta porrigi non placuit."

4) Pandekten I S. 126.

5) Pandekten I, § 29 S. 12.

6) Windscheid, a. a. O. § 29 Anm. 3 S. 124.

lehensaufnahmen für andere verbot, begründete zunächst sicher ius singulare; und später wurde es doch auf andere Interzessionen ausgedehnt.[1]) Die römischen Juristen waren sicher nicht so lebensfremd, eine analoge Anwendung eines Sondersatzes schlechthin zu leugnen. „Der Ausspruch des Paulus ist daher in dem Sinne zu verstehen, daß der singuläre Satz nicht zur allgemeinen Regel erweitert werden darf, daß also wie z. B. L 23 § 3 D de fid. lib. 40, 5 ausführt, eine singuläre Vorschrift über das fid. lib. nicht auf Fideicommisse anderen Inhaltes ausgedehnt werden darf."[2])

Vielmehr ist zu folgern, daß sich das Verbot der Analogie in den genannten Pandektenstellen nicht auf das Prinzip des Sondersatzes erstreckt, dieser vielmehr innerhalb seines Prinzips einer analogen Anwendung fähig ist.[3]) Zu berücksichtigen ist, daß je bestimmter und ausdrücklicher die Rechtsvorschrift lautet, der sich das Sonderrecht entgegensetzt, desto zwingender die Gründe sein müssen, welche zur Analogie berechtigen. Enneccerus[4]) führt die Zweifel und Unklarheiten hinsichtlich des singulären Rechts darauf zurück, daß man es von vornherein mit dem Sonderrecht für gewisse Personen identifiziert hätte. v. Tuhr[5]) meint mit Recht, daß der Satz quod contra tenorem rationis . . . k e i n Hindernis analoger Anwendung sei: nur müsse die Analogie um so vorsichtiger angewendet werden, je mehr der Ausnahmesatz vom Prinzip abweiche; denn starke Abweichungen beruhen oft auf besonderen Utilitätsgründen. Zitelmann[6]) will eine analoge Anwendung nur dann nicht zulassen, wenn bewußt oder durch Irrtum ein den sonstigen Rechtsgrundsätzen widersprechender Ausnahmesatz geschaffen worden ist.

Ob ein Analogieschluß berechtigt ist oder nicht, ist „nach Rechtsähnlichkeit aus dem Inhalt des geformten Rechtes selbst zu entnehmen, es muß sich eine Gleichheit mit den zur Frage gestellten rechtlichen Voraussetzungen finden lassen".[7]) Stammler[8])

---

1) Siehe Dernburg, Pandekten I, 1884 Anm. b zu § 33 S. 72 f. Vgl. Cleeves, Die Analogie singulärer Rechtssätze in Theorie und Rechtsprechung 1914 S. 36 oben.

2) So Enneccerus I Anm. 4 zu §§ 44 I 2 a S. 131.

3) So auch Enneccerus, a. a. O. Anm. I 2 a zu § 44 S. 131. R. Schmidt, Dogmatische Jahrbücher 72 S. 81 ff. der bemerkt: im übrigen ist es unrichtig, daß Ausnahmevorschriften als s o l c h e nicht analog angewendet werden könnten.

4) Enneccerus Allgem. Teil 1931 Anm. I zu § 44 S. 130.

5) v. Tuhr Allgem. Teil I 1910 Anm. 156 S. 43.

6) ArchZivPr. 66, 348.

7) So Stammler, Theorie der Rechtswissenschaften, S. 645.

8) Derselbe, a. a. O.

kommt daher zu dem Ergebnis, daß die überlieferte Scheu vor der analogen Anwendung von ius singulare nicht unbedingt begründet ist.

Abwegig erscheint mir die Auffassung des Reichsgerichts,[1]) wenn es sagt, daß Ausnahmevorschriften grundsätzlich keiner analogen Anwendung fähig seien. Die Entscheidung[2]) über den Zeppelin-Unfall zeigt, daß das Reichsgericht bei freier Anschauung das Gefährdungsprinzip nicht als Ausnahme vom Verschuldensprinzip, sondern als ein eigenes neues Haftungsprinzip hätte erkennen können, zumal in dieser Entscheidung auf die bereits bestehende Gefährdungshaftung des Kraftfahrzeuggesetzes hingewiesen wird. Das Reichsgericht hat denn auch in späteren Entscheidungen[3]) anerkannt, daß „die Eigenschaft einer gesetzlichen Vorschrift als einer Ausnahmevorschrift ihre Anwendung auf rechtsähnliche Fälle nicht ausschließe".

Die Schwierigkeit liegt eben darin, zu erkennen, ob ein Rechtssatz eine Ausnahme von der Regel darstellt, oder aber ein neues selbständiges Prinzip begründet, daß naturgemäß seinerseits analoger Anwendung fähig ist.

Als Ergebnis ist festzustellen:

Die Behauptung ius singulare sei überhaupt keiner analogen Anwendung fähig, ist nicht haltbar. Vielmehr ist ein Sonderrechtssatz innerhalb seines Prinzips sehr wohl analoger Anwendung fähig;[4]) nur darf das Prinzip des Sondersatzes das Prinzip des Regelsatzes nicht aufheben,[5]) wohl aber durchbrechen.

Die Bedenken also, die sich auf die Behauptung stützen, Sondersätze seien analoger Anwendung nicht fähig, sind daher als nicht begründet zu erachten.

Die bisherigen Ausführungen mußten erfolgen, weil, selbst wenn § 463 Satz 2 BGB eine Ausnahmevorschrift wäre, zu beweisen war, daß diese Tatsache allein eine Analogie nicht verhindern kann.

Die Untersuchung wendet sich jetzt der Frage zu, was unter Analogie zu verstehen ist.

„Man spricht von analoger Anwendung eines Rechtssatzes dann, wenn man denselben auf einen anderen, ähnlichen Fall anwendet."[6]) Ausdehnende Auslegung und Analogie unterscheiden sich dadurch, daß sich die Auslegung auf die Erkennt-

1) Vgl. RGZ 47, 360; 48, 265; 65, 362.
2) RGZ 78, 172.
3) RGZ 87, 286 und 373; 113, 186/7.
4) Vgl. auch Windscheid, Pandekten I § 29 S. 124.
5) So Lehmann, Allgem. Teil § 4 IV S. 37.
6) Gustav Rümelin, Werturteile u. Willensentscheidungen im Civilrecht S. 39 Mitte.

nis des Rechtssatzes bezieht, der ausgelegt werden soll. Bei der Analogie dagegen findet der Rechtsgedauke eines Satzes auf einen anderen Satz sinngemäß Anwendung. [1]) „Analogie ist die Anwendung eines Rechtssatzes, den das Gesetz oder die Rechtsordnung für einen bestimmten Tatbestand aufstellt, auf einen anderen rechtsähnlichen Tatbestand wegen Gleichheit des Rechtsgrundes." [2]) „Ubi eadem legis ratio, ibi eadem legis dispositio."

Ein Analogieschluß aus § 463 Satz 2 BGB würde durch „Gesetzesanalogie" vorzunehmen sein, d. h. der Grundgedanke eines Rechtssatzes wird auf Fälle angewandt, die sich von den im Rechtssatz geregelten nur unwesentlich unterscheiden; das allgemeine Prinzip des Rechtsatzes wird nicht berührt. So wurde beispielsweise bei den Römern die Haftung des Eigentümers für den Schaden eines „quadrupes" analog für den Schaden nichtvierfüßiger Tiere ausgesprochen. [3])

Gegenüber der grundsätzlichen Zulässigkeit der Analogie und ihrer Notwendigkeit überhaupt bestehen keine begründeten Bedenken. Das kann man daraus entnehmen, daß die erste Kommission zur Beratung des Entwurfes zum BGB den § 1 des ersten Entwurfes als selbstverständlich gestrichen [4]) hatte.

Das BGB selbst gibt uns Beispiele rechtlich vorgesehener Analogie. In § 515 BGB wird der Tausch durch entsprechende Anwendung der Normen über den Kauf geregelt und § 1915 BGB unterstellt die Pflegschaft den für die Vormundschaft geltenden Vorschriften.

Stehen somit der Begriff der Analogie und seine rechtliche Zulässigkeit generell fest, so bleibt immer noch zu prüfen, ob § 463 Satz 2 BGB ein Ausnahmesatz ist oder nicht. Wir sind zwar der Meinung, daß ein Sondersatz innerhalb seines Prinzips unbedingt analog anzuwenden ist. Diese Erkenntnis überhebt aber nicht der Pflicht vornehmlich das Prinzip zu erforschen, welches dem § 463 Satz 2 BGB innewohnt. Denn sollte dieses Prinzip so beschaffen sein, daß es dem allgemeinen Prinzip unter dem es steht, so unbedingt widerspricht, daß es als ein Sonderprinzip anzusprechen ist, dann würden sich allerdings gegen die Analogie aus § 463 Satz 2 BGB Bedenken erheben.

Daher hängt von der Erkenntnis des Prinzips des § 463 Satz 2 BGB die Entscheidung der Frage ab, ob ein Analogieschluß aus § 463 Satz 2 BGB zu rechtfertigen ist oder nicht.

---

1) Vgl. Stammler, Theorie der Rechtswissenschaft S. 639.
2) Handwörterbuch der Staatswissenschaft, Bd. I S. 134.
3) Vgl. Kübler, Geschichte des römischen Rechts § 8 S. 53.
4) Prot. Bd. I S. 2.

Die nun folgenden Erörterungen über das Prinzip des § 463 Satz 2 BGB gehen von der Tatsächlichkeit dieser Vorschrift aus. Es hat keinen Sinn, die Zulässigkeit des Analogieschlusses aus § 463 Satz 2 BGB unter der Begründung zu bekämpfen, daß der Rechtsgedanke des § 463 Satz 2 BGB, der dem Analogieschluß zugrunde liegt, etwa „brüchig und schlecht“ [1]) sei. Es soll nicht Aufgabe dieser Arbeit sein, nachzuweisen, daß der Anspruch des § 463 BGB auf das Erfüllungsinteresse wegen Fehlens zugesicherter Eigenschaften und arglistigen Verschweigens „innerlich gerechtfertigt und dogmatisch haltbar sei“. [2])

Die folgenden Ausführungen haben lediglich das Prinzip des § 463 BGB zu erforschen, ohne über den Wert oder Unwert ein Urteil zu geben, um erkennen zu können, ob § 463 Satz 2 BGB ein Sondersatz ist oder nicht. Zeigt das Ergebnis, daß § 463 Satz 2 BGB kein Sondersatz ist, so bestehen gegen seine analoge Anwendung keine Bedenken. Ist § 463 Satz 2 BGB aber ein Sondersatz, so dürfen wir ihn, das ist das Ergebnis der bisherigen Ausführungen, zum mindesten innerhalb seines Prinzips analog anwenden.

Häufig wird man bei einem Rechtssatz den äußeren Anlaß kennen, dem er seine Entstehung verdankt. Der äußere Anlaß hat aber mit dem Prinzip des Rechtssatzes nichts zu tun und scheidet daher bei der Betrachtung aus. So war z. B. der äußere Anlaß zur Entstehung des S. C. Macedonianum, [3]) daß ein Haussohn namens Macedo seinen Vater tötete. Mit dem Prinzip dieses Senatsbeschlusses hatte die Veranlassung nichts zu tun.

Vielmehr gibt die r a t i o i u r i s zusammen mit dem Z w e c k der Rechtsnorm das Prinzip ab, das jedem einzelnen Rechtssatze zugrundeliegt. Auch muß die Stellung des einzelnen Rechtssatzes inerhalb der Normengruppe und der innere Zusammenhang geprüft werden.

Ob man die Betrachtung auf teleologische oder soziologische Art vornimmt oder nach den Grundsätzen der typischen Interessengegensätze, ist eine Ermessens- und keine Rechtsfrage. Nur muß die Prüfung des einzelnen Rechtssatzes auf ihren Gehalt hin „die Merkmale und Wertungen“ hervorheben, die das Gesetz selbst hineingelegt hat. [4]) Dabei ist es eine selbstverständliche Pflicht dafür zu sorgen, daß das gefundene

1) So Haymann, RG Festschrift Bd. 3 S. 345.
2) Derselbe, Haftung I S. VIII.
3) Vgl. hierzu Kübler, Geschichte des römischen Rechts § 30 S. 248 f.
4) Vgl. Heck, Das Problem der Rechtsgewinnung § 7 S. 30 ff.

Recht einem gesunden Rechtsempfinden, den Bedürfnissen der Gemeinschaft und den Belangen des Volkes entspricht.

§ 463 Satz 2 BGB steht bei den Rechtssätzen, die unter der Ueberschrift „Gewährleistung wegen Mängel der Sache" behandelt sind. Wir haben infolgedessen das Wesen der Gewährleistungsansprüche festzustellen, um erkennen zu können, ob § 463 Satz 2 BGB zu dieser Normengruppe gehört oder nicht. Denn bevor nicht das Prinzip der Gewährleistungsansprüche und das des § 463 Satz 2 BGB klargestellt ist, kann über das Verhältnis der Rechtssätze zueinander nichts gesagt werden. Gleichzeitig beantwortet sich damit die Frage, ob § 463 Satz 2 BGB als ein Recht aus der Gewährleistung anzusehen ist.

Die §§ 459 ff. BGB behandeln die Haftung des Verkäufers, wenn die verkaufte Sache mangelhaft ist. Das Gesetz gewährt in diesem Falle dem Käufer gemäß § 462 BGB Wandelung oder Minderung; man spricht hier von der sogenannten ädilizischen Haftung.

Der innere Rechtsgrund des Gewährleistungsrechtes wird sehr verschieden aufgefaßt. Die geschichtliche Betrachtung zeigt, daß das ältere Zivilrecht bei den Römern keine Haftung des Verkäufers für Sachmängel kannte.[1]) Der Käufer konnte den Verkäufer nur durch Stipulationen verpflichten, für Sachmängel einzustehen.[2]) Der Rechtsgrund der ädilizischen Ansprüche (actio redhibitoria und actio quanti minoris) liegt darin, daß der Verkäufer auch o h n e Verschulden für gewisse Fehler der verkauften Sache haftet.

Lenel[3]) drückt das Prinzip der ädilizischen Ansprüche, wie die Römer es entwickelt haben, dahin aus, daß der Käufer auch ohne besondere Zusage berechtigt sei, bestimmte Eigenschaften der Kaufsache nach der durch Treu und Glauben bestimmten Verkehrsauffassung vorauszusetzen. Fehlen der Sache Eigenschaften wesentlicher Art, so kann der Käufer entweder wandeln oder mindern, es sei denn, daß der Käufer schon beim Kauf den Mangel jener Eigenschaften kennt. Daraus, daß es auf Verschulden des Verkäufers bei den ädilizischen Ansprüchen nicht ankommt, ist zu erkennen, daß der Käufer unbedingt in seinen Erwartungen über die Beschaffenheit der Kaufsache geschützt werden soll.[4])

Das bürgerliche Gesetzbuch hat diese sogenannten ädilizischen Fehler in § 459 BGB näher umschrieben und geregelt. Der Grundgedanke des § 459 Abs. I BGB ist, daß der Verkäufer Gewähr zu leisten hat, wenn sich die Erwartungen des

1) So Kübler, a. a. O. § 20 S. 179.
2) Kübler a. a. O. Haymann, Haftung § 2 S. 19.
3) ArchZivPr. 79, 103.
4) Vgl. Haymann, Haftung S. 29.

Käufers über gewisse Eigenschaften der Kaufsache nicht erfüllen. Und diese Gewährschaftshaftung ist unabhängig vom Verschulden des Verkäufers gesetzlich festgelegt.

Das Prinzip der Gewährleistung ist noch näher zu beschreiben, um das Prinzip des § 463 Satz 2 BGB im Folgenden klar herausstellen zu können.

Die Frage, ob die Freiheit der Sache von Mängeln eine Pflicht ist, die der Verkäufer zu erfüllen oder nur zu gewährleisten hat, ist streitig. Die Bedeutung der Frage liegt darin, daß, wer die Sachmängelfreiheit als eine Erfüllungspflicht des Verkäufers ansieht, zu dem Ergebnis kommt, daß die Lieferung einer mangelhaften Sache keine Erfüllung des Vertrages ist. [1])

Wer diese Auffassung teilt, verkennt den Rechtsgrund der Gewährleistungsansprüche.

Denn beim Verkauf einer Speciessache trifft den Verkäufer die Pflicht, die Sache zu übergeben und Eigentum zu verschaffen (§ 433 Abs. I BGB). Der Verkäufer genügt also seiner Erfüllungspflicht, wenn er die Sache in dem Zustande übergibt, in dem sie sich zur Zeit des Kaufabschlusses befindet. [2]) Davon, daß die Sache fehlerfrei sein muß, kann keine Rede sein; denn gekauft wird eine Sache so wie sie ist. Und eine derartige Pflicht kann man auch nicht aus der Gewährschaft herauslesen. Denn „auch die Leistung einer mangelhaften Sache ist zunächst volle und daher mangelfreie Erfüllung." [3]) Die Frage, ob die Leistung, mit der erfüllt wurde, eine ordnungsmäßige ist, hat mit der Erfüllung selbst nichts zu tun.

Wenn nun das Gesetz den Verkäufer, obwohl dieser mit einer mangelhaften Sache erfüllen kann, dennoch für gewisse Mängel der Sache haften läßt, so ist der Rechtsgrund der ädilizischen Gewährschaft darin zu sehen, daß das Gesetz bei einem gegenseitigen Vertrage Leistung und Gegenleistung in ihrem Werte ausgleichen will. [4]) Und da dieser Ausgleich in jedem einzelnen Falle erreicht werden soll, darf es auf ein Verschulden des Verkäufers nicht ankommen.

Entscheidend ist, daß die „Aequivalenz" [5]) zwischen Leistung und Gegenleistung unter allen Umständen unabhängig von einem Verschulden erfolgt. Denn ohne die gesetzliche Ge-

1) So Riehl in Gruch. Beitr. 60, 832 ff.
2) Vgl. auch Schollmeyer, J. Jahrb. Dogm. 49, 97.
3) Süß, a. a. O. S. 50.
4) Vgl. Süß, a. a. O. S. 53.
5) Krückmann, Institutionen S. 138 f. „Das Recht nimmt die mangelhafte Leistung als unabänderliche Tatsache, zieht daraus aber seine Folgerungen für die Pflicht des Käufers und erlaubt ihm, sich seiner Pflichten in entsprechender Weise zu entziehen."

währschaft hätte der Käufer, da die Erfüllung einer mangelhaften Speciessache, unabhängig vom Verschulden, volle Erfüllung ist, keine Ansprüche gegen den Verkäufer.

Wir erkennen, daß der Rechtsgrund [1]) der ädilizischen Gewährschaftsansprüche darin liegt, daß sie bei einem gegenseitigen Vertrage das gestörte Gleichgewicht zwischen Leistung und Gegenleistung, unabhängig von der Frage des Verschuldens, herstellen, [2]) also eine gesetzliche Gewährschaft bieten.

Neben den ädilizischen Rechtsmitteln gibt das BGB dem Käufer unter gewissen Umständen einen Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung.

Und zwar ordnet § 463 Satz 1 BGB Schadensersatz wegen Nichterfüllung an, wenn der verkauften Sache zur Zeit des Gefahrüberganges Eigenschaften fehlen, die der Verkäufer vertraglich zugesichert hatte (§ 459 Abs. II BGB). Durch die Zusicherung hat der Verkäufer gleichsam eine vertragliche Gewähr dafür übernommen, daß bestimmte Eigenschaften der Sache tatsächlich vorhanden sind.

Den Verkäufer trifft im Gegensatz zu § 459 Abs. I BGB bei § 463 Satz 1 BGB insofern ein Verschulden, als er vertraglich etwas übernommen hat, was nachher nicht vorhanden ist. Der Verkäufer würde beim Fehlen erheblicher Eigenschaften selbst dann — sogar bei Unkenntnis — haften, wenn er das Vorhandensein dieser Eigenschaften nicht zugesichert hätte. Die verschärfte Haftung aus § 463 Satz 1 BGB tritt also deshalb ein, weil gewissermaßen in verschuldeter Weise Eigenschaften zugesichert werden.

Der Ausdruck „Schadensersatz wegen Nichterfüllung“ in § 463 BGB ist meines Erachtens nicht richtig und erschwert das Erkennen des Rechtsgrundes dieser Vorschrift nicht unerheblich. Wenn nämlich, wie bereits ausgeführt wurde, eine mangelhafte Sache dennoch eine Erfüllung ist, so kann es im Falle des § 463 Satz 1 BGB nicht anders sein, wie zu zeigen sein wird.

Selbst wenn man annimmt, daß Gegenstand der Vertragserfüllung eine Sache ist, bei der der Verkäufer eine bestimmte Eigenschaft zugesichert hat, die aber tatsächlich nicht vorhanden

1) Von einer Erörterung über die zahlreichen Meinungen hinsichtlich des Rechtsgrundes der Gewährschaftsansprüche soll abgesehen werden, da sie hinsichtlich des Zieles der Arbeit als entbehrlich erscheint. Vgl. aber hierzu: Schollmeyer, J.Jahrb.Dogm. 49, 93 ff.; Krückmann, ArchZivPr. 101, S. 207 ff.; derselbe, ArchZivPr. 131 S. 1 ff.; Locher, ArchZivPr. 121 S. 1 ff.

2) Süß, a. a. O. S. 157 f. „Die Gewährleistung für Sachmängel ist ein typischer Fall der Voraussetzung im Krückmann'schen Sinne, ein typischer Fall des virtuellen Vorbehaltes der aus § 460 BGB klar hervorgeht und nach Treu und Glauben die Rechtfertigung seiner Wirksamkeit in der unzumutbaren Aequivalenzverfehlung eines synallagmatischen Austauschvertrages findet.“

ist, auch dann kann man nicht zu dem Ergebnis gelangen, daß der Verkäufer nicht erfüllt hat, weil eine Sache mit zugesicherter Eigenschaft Gegenstand der Erfüllung war, eine Erfüllung also deshalb nicht eintreten konnte, da die vertraglich zugesicherte Eigenschaft fehlt. Eine derartige Annahme führt zu dem Ergebnis, daß mit einer mangelhaften Sache ohne Zusicherung erfüllt werden kann, mit einer mangelhaften Sache plus Zusicherung nicht.

Das Ergebnis ist unrichtig. Erfüllt wird mit der mangelhaften Sache stets, gleich, ob vertraglich eine Eigenschaft zugesichert ist oder nicht, und in beiden Fällen tritt gesetzliche Gewährschaft ein.

Nun wird die gesetzliche Gewährschaft dadurch verstärkt, daß vertraglich eine Eigenschaft zugesichert wird (§ 463 Satz 1 BGB). In beiden Fällen ist sowohl nach § 459 BGB als auch nach § 463 Satz 1 BGB Gewährschaft zu leisten, weil die Sache einen Fehler aufweist, und dieser Fehler das Gleichgewicht von Leistung und Gegenleistung stört.

Dasjenige aber, was der Käufer zum Ausgleich von Leistung und Gegenleistung erhält, kann nie Schadensersatz wegen „Nichterfüllung" sein, weil die Erfüllung mit einer mangelhaften Speciessache eine volle Erfüllung ist. Wenn aber erfüllt ist, kann es keinen Schaden mehr wegen „Nichterfüllung" geben. Die Haftung des § 463 Satz 1 BGB auf das Erfüllungsinteresse tritt deshalb ein, weil der Verkäufer vertraglich durch die Abgabe der Zusicherung die gesetzlich schon bestehende Gewährschaft verstärkt hat.

Der innere Grund für die Haftung auf das Erfüllungsinteresse liegt m. E. bei § 463 Satz 1 BGB in der Abgabe der vertraglichen Zusicherung. Für diese „Willensäußerung" muß ich einstehen, wenn ich sie abgebe, ohne vergewissert zu sein, ob die Zusicherung auch den tatsächlichen Verhältnissen entspricht. Denn wenn ich nicht genau weiß, ob eine Sache zur Zeit des Kaufes eine bestimmte Eigenschaft besitzt, darf ich sie auch nicht zusichern; tue ich es doch, handle ich fahrlässig und muß als Folge meines Verschuldens die verschärfte Gewährschaftshaftung des § 463 Satz 1 BGB auf mich nehmen.

Das Verschulden ist nicht darin zu sehen, daß die Sache mangelhaft ist; das kann sie sein, weil der Mangel durch die gesetzliche Gewährschaft ausgeglichen wird und es hier gerade auf Verschulden nicht ankommt. Vielmehr liegt das Verschulden darin, daß der Verhäufer bei Vertragsabschluß eine nicht vorhandene Eigenschaft fahrlässig — schuldhaft — zusichert. Ausgelöst wird diese verschärfte Haftung — wichtige Feststellung! — letzten Endes erst durch das Verschulden des Verkäufers, also durch ein subjektives Moment.

Es war notwendig, den Rechtsgrund des § 463 Satz 1 BGB herauszustellen, da das Prinzip des Satz 2 dieser Vorschrift nur im Zusammenhang mit Satz 1 richtig zu erkennen ist.

Denn § 463 Satz 2 BGB lautet im Hinweis auf Satz 1:

„Das Gleiche gilt, wenn der Verkäufer einen Fehler arglistig verschwiegen hat."

Und ausgefüllt, lautet § 463 Satz 2:

„Verschweigt der Verkäufer arglistig zur Zeit des Kaufes einen Fehler der verkauften Sache, so kann der Käufer statt der Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen."

Nach dem Wortlaut ist die Anwendung des § 463 Satz 2 BGB an zwei Voraussetzungen gebunden.

Einmal müssen tatbestandsmäßig die §§ 459 Abs. 1, 462 BGB vorliegen,[1]) d. h. die verkaufte Sache muß zur Zeit des Gefahrüberganges einen Fehler aufweisen; zum anderen ist erforderlich, daß der Verkäufer einen Fehler der Sache arglistig zur Zeit des Vertragsschlusses verschweigt.

Wir hatten festgestellt, daß die Gewährschaftshaftung des § 463 Satz 1 BGB in Wahrheit eine zusammengesetzte ist, da in ihr eine Voraussetzung gesetzlich, die andere vertraglich ist. Hierbei darf nicht verkannt werden, daß die verschärfte Haftung auf das volle Interesse erst eintreten kann, wenn die „vertragliche" Voraussetzung zu der „gesetzlichen" hinzutritt; d. h., wenn der Verkäufer vertraglich eine Eigenschaft der Kaufsache zusichert.

In § 463 Satz 2 BGB hat das Gesetz durch die Worte „das Gleiche gilt" zu erkennen gegeben, daß es den Fall des arglistigen Verschweigens von Fehlern und den Fall der Zusicherung von Eigenschaften rechtlich gleich behandeln will.

Wenn das Gesetz durch Fiktion das arglistige „Verschweigen" der „Zusicherung" gleichstellt, so deshalb, weil das Verschweigen notwendigerweise eine Zusicherung in dem Sinne ist, daß Mängel der Sache nicht vorhanden sind. Denn wenn der Verkäufer schweigt, so muß der Käufer annehmen, daß dem Verkäufer Fehler der Sache unbekannt sind. Voraussetzung ist allerdings, daß ich rechtlich verpflichtet bin, nicht zu schweigen, der andere Teil also ein Recht darauf hat, daß ich rede. Schweige ich dennoch, so kann es keinen Unterschied machen, ob ich eine nicht vorhandene Eigenschaft zusichere, was rechtlich unerlaubt ist, oder einen vorhandenen Fehler arglistig verschweige, was rechtlich ebenso unzulässig ist. Deshalb hat das Gesetz das arglistige Verschweigen wesentlicher Fehler dem Nichtvorhandensein zugesicherter Eigenschaften gleichgestellt.

1) Vgl. RGRK Anm. I zu § 463 S. 77.

Kritisch gesehen, erkennen wir in der einen Voraussetzung des § 463 Satz 2 BGB — dem Vorhandensein des Sachmangels beim Vertragsschluß — ein **objektives** Moment (gesetzlich), in der anderen Voraussetzung — im arglistigen Verschweigen — ein **subjektives** Moment (vertraglich).

Hätte sich die Sache als fehlerhaft herausgestellt und der Verkäufer nicht arglistig verschwiegen, so würde er nur die gesetzliche Gewährschaft zu leisten haben, also Wandelung und Minderung. Erst dadurch, daß er arglistig — vorsätzlich — den Fehler verschweigt, wird die gesetzliche Gewährschaft auf das positive Interesse verstärkt. Daraus folgt, daß die verschärfte Haftung deshalb eintritt, weil der Verkäufer zu der schon bestehenden gesetzlichen Gewährschaft noch einen Beitrag leistet und zwar vertraglicher Art. Dies geschieht in Satz 1 durch Zusicherung einer Eigenschaft, in Satz 2 durch arglistiges Verschweigen eines Fehlers.

Wurde in Satz 1 in der Zusicherung einer nicht vorhandenen Eigenschaft eine Fahrlässigkeit des Verkäufers bejaht, so ist in Satz 2 das arglistige Verschweigen als eine vorsätzliche Handlung zu werten.

Die verschärfte Haftung auf das positive Interesse tritt demnach sowohl in Satz 1 als auch in Satz 2 in dem Augenblick ein, wo zu der bereits bestehenden gesetzlichen Gewährschaft noch ein auf vertragliche Art entstandenes Verschulden — subjektives Moment — hinzutritt.

Diese Erkenntnis führt zu der Folgerung, daß der Unterschied zwischen den ädilizischen Rechtsmitteln und dem § 463 Satz 2 BGB nicht in dem objektiven Erfordernis eines Sachfehlers zu finden ist. Ein solcher muß bei § 463 Satz 2 BGB ja auch stets vorliegen.

Der Grund für die strenge Haftung aus § 463 Satz 2 BGB ist vielmehr allein im subjektiven Moment zu suchen. Erst dadurch, daß der Verkäufer den Sachfehler, für den er ohne Kenntnis auch „gewährleisten" muß, arglistig verschweigt, tritt die strenge Haftung auf das volle Interesse gemäß § 463 Satz 2 BGB ein.

Denn da das Gesetz den Verkäufer einer Sache einerseits schon ohne Verschulden für gewisse Fehler haften läßt, so will es andererseits den arglistig Verschweigenden um so empfindlicher in Anspruch nehmen.

Rechtsgrund der Haftung aus § 463 Satz 2 BGB ist also das arglistige Verschweigen des Verkäufers.

Das Gesetz will, und das ist sein Zweck, daß der redliche Käufer vor Nachteilen geschützt wird, der unredliche dagegen empfindliche Nachteile erleiden soll.

Voraussetzung für eine Haftung wegen arglistigen Verschweigens ist, wie bereits erwähnt, daß für den Verkäufer eine gesetzliche Pflicht besteht, da nicht zu schweigen, wo er zu offenbaren verpflichtet ist.

Für den Verkäufer besteht die Pflicht Fehler der Kaufsache nicht zu verschweigen, die sie zur Zeit des Vertragsschlusses hat.

Will der Verkäufer die Rechtsfolge aus § 463 Satz 2 BGB vermeiden, so muß er dieser Pflicht bis zum Augenblicke des Vertragsschlusses nachkommen. Daraus folgt, daß diese Pflicht schon vor Abschluß des Vertrages besteht und daher auch nur als eine vorvertragliche Pflicht angesehen werden kann; [1]) denn diese Pflicht ergibt sich nicht aus dem Vertrage, welcher ja noch gar nicht abgeschlossen worden ist, auf den sie sich allerdings bezieht. v. Tuhr [2]) spricht in diesen Fällen von einem durch die „Vertragsverhandlungen begründeten Rechtsverhältnis". Denn schon im Stadium der Vertragsverhandlungen bestehen zwischen den Parteien gewisse Pflichten, deren Verletzung anerkanntermaßen ebenso wie die Verletzung von Vertragspflichten zum Schadensersatz führen kann.

Dieser Nachweis also, daß in § 463 Satz 2 BGB die Pflicht nicht arglistig Fehler der Sache zu verschweigen, eine vorvertragliche ist, zeigt, daß hierin ein Unterschied von den ädilizischen Gewährleistungsansprüchen liegt, bei denen es keine vorvertragliche Pflicht gibt und es auf Verschulden nicht ankommt.

Auf diesen Unterschied ist näher einzugehen, um den Nachweis führen zu können, ob § 463 Satz 2 BGB ein echter Fall der Gewährleistung ist oder nicht. Die Bejahung daraus zu folgern, daß tatbestandsmäßig die §§ 459 Abs. II, 462 BGB in § 463 Satz 2 BGB vorausgesetzt werden, ist unzulässig, weil, wie wir schon gesehen haben, ein Tatbestandsmerkmal des § 463 Satz 2 BGB in dem Verschweigen eines Fehlers — subjektives Moment — bei Kaufabschluß zu sehen ist. Wenn die Pflicht, nicht zu schweigen tatsächlich vor Abschluß des Vertrages besteht und nur bis zum Vertragsschlusse ausgeübt werden kann, um die Rechtsfolge aus § 463 Satz 2 BGB zu vermeiden, dann führt diese Erkenntnis zu einem Rechtsbegriffe hin, der bisher noch unerwähnt geblieben ist: „der culpa in contrahendo".

Es war ein mühevoller Weg, den die Entwicklung der Haftung für Verschulden beim Vertragsschluß zurückzulegen hatte.

Den wissenschaftlichen Ausgangspunkt dieser Lehre bilden ein Aufsatz von Ihering [3]) und das Buch von Leonhard: „Ver-

1) Vgl. hierzu Krasser, Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen, S. 42 ff.

2) Allgem. Teil, Bd. 2 S. 489 f.

3) J. Jahrb. Dogmatik 4 S. 1 ff.

schulden beim Vertragsschlusse". Im Gesetz findet sich eine ausdrückliche Bestimmung über das Verschulden beim Vertragsschlusse nicht. Die Wissenschaft und besonders die Rechtsprechung des Reichsgerichts [1]) haben nach anfänglichem Zögern und Schwanken nunmehr den Begriff der „culpa in contrahendo" anerkannt. Vor allem hat das Reichsgericht den Begriff der Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse nach dem Grundsatz von Treu und Glauben, §§ 157, 242 BGB, späterhin so weit entwickelt, daß man meines Erachtens heute von einem reichsrechtlichen Gewohnheitsrecht [2]) sprechen kann, das auch in der Rechtslehre allgemein anerkannt wird. [3])

Aus den Vertragsverhandlungen ergeben sich für die Parteien besondere Pflichten. Sie haben alles zu unterlassen, was dazu führen kann, einander zu schädigen. Zwar ist keine allgemeine Offenbarungspflicht anzuerkennen. [4]) Der Verkäufer muß sich jedoch jeder falschen Angabe enthalten, wenn diese geeignet ist, in dem Käufer unrichtige Vorstellungen zu erregen. Und zwar muß es sich bei solchen falschen Angaben nach den Ausführungen des Reichsgerichts [5]) um „Umstände handeln, von denen die eine Partei weiß oder sich sagen mußte, daß sie für den Willensentschluß des anderen Teils von wesentlicher Bedeutung sind."

Allerdings darf der Käufer nicht erwarten, daß der Vertragsgegner ihn über alle tatsächlichen Verhältnisse der Sache aufklärt; das ist bei den widerstreitenden Interessen der Parteien unmöglich. „Aber nach Treu und Glauben und nach den Anforderungen des redlichen Verkehrs darf der Käufer von dem Verkäufer erwarten, daß er ihm keine falschen Angaben macht, die erkennbar auf seinen Entschluß, ob er den Vertrag abschließen soll oder nicht, von wesentlichem Einfluß sein könnten." [6])

Nach Treu und Glauben und nach den Grundsätzen eines redlichen Verkehrs, ist derjenige, der Vertragsverhandlungen führt, die als ein „vertragsähnliches Verhältnis" anzusehen sind, [7]) verpflichtet, diejenigen Tatsachen aufzudecken, von denen er weiß oder wissen muß, daß sie für die Entschließung des Vertragsgegners von Bedeutung sind und von denen sich dieser

1) RGZ 95, 58; 116, 18; 120, 25; 132, 310.

2) Siehe RGRK Anm. 3 zu § 276: „Es gilt heute als ausgemachte Sache, daß eine Haftung auch schon durch ein schuldhaftes Verhalten beim Vertragsschlusse begründet werden und die Verletzung einer Schuldnerpflicht schon in einem solchen Verhalten gefunden werden kann."

3) Vgl. Warneyer I Anm. V zu § 276 S. 521 ff.

4) RGZ 62, 150.

5) RGZ 95, 58.

6) So RG in Seuff. Arch. 74, 164, 293.

7) Steinberg, Die Haftung für culpa in contrahendo, Würzbg. 1930 S. 18.

im Augenblick keine Kenntnis verschaffen kann. Wer also — — und das ist das Ergebnis — die Sorgfalt, zu der er nach den Grundsätzen eines redlichen Verkehrs und nach Treu und Glauben verpflichtet ist, außer Acht läßt, haftet aus „Verschulden beim Vertragsschluß“ gemäß §§ 242, 276 BGB.

Als Ergebnis ist festzustellen: § 463 Satz 2 BGB beruht auf zwei Voraussetzungen.

1. Dem Vorhandensein eines Sachmangels bei Vertragsschluß — **objektives Moment** — (gesetzlich),
2. dem arglistigen Verschweigen — **subjektives Moment** — (vertraglich).

Und zwar ist der eigentliche Rechtsgrund der Haftung auf das positive Erfüllungsinteresse, das arglistige Verschweigen bei Kaufabschluß — subjektives Moment —. Die Rechtsfolge des § 463 Satz 2 BGB kann, wie bereits ausgeführt, nur vermieden werden, wenn der Verkäufer bis zum Augenblicke des Vertragsabschlusses seiner Offenbarungspflicht genügt.

Rechtsgrund für diese Offenbarungspflicht ist die „culpa in contrahendo“.

Meines Erachtens ist daher § 463 Satz 2 BGB ein Fall der culpa in contrahendo und kein Gewährleistungsanspruch, da dieser Rechtssatz vorwiegend durch das subjektive Moment — das Verschulden — (arglistiges Verschweigen) — beherrscht wird und nur dadurch die Haftung auf das volle Interesse zu erklären ist. Auch steht fest, daß die Offenbarungspflicht keine vertragliche sein kann und nicht nur unter dem Gesichtspunkte der unerlaubten Handlung erheblich ist.

Indem § 463 Satz 2 BGB als ein Fall der „culpa in contrahendo“ erkannt wurde, ist die Behauptung, daß § 463 Satz 2 BGB als ein Sondersatz gegenüber der allgemeinen Regel — Gewährschaftsrecht — zu betrachten ist, nicht aufrecht zu erhalten.

Denn das Prinzip des § 463 Satz 2 BGB ist nicht im Vergleich zu dem Prinzip des ädilizischen Gewährschaftsrechtes das „engere“. Vielmehr muß das Prinzip des § 463 Satz 2 BGB im Verhältnis zu dem Prinzip der ädilizischen Gewährschaftsansprüche unter dem Gesichtspunkte der „culpa in contrahendo“ als ein neues Haftungsprinzip betrachtet werden.

Und da § 463 Satz 2 BGB nicht als regelwidriges Recht anzusehen ist,[1]) so begegnet die analoge Anwendung dieses Rechtssatzes innerhalb seines Prinzips — das ist die „culpa in contrahendo“ — auf andere Tatbestände, die den gleichen Rechtsgrund aufweisen, keinen Bedenken.

1) a. A. Oertmann, Anm. 5 zu § 463 S. 610 „§ 463 Satz 2 BGB ist ein aus allgemeinen Gesichtspunkten nicht ableitbarer Sondersatz“.

Der hier vertretenen Auffassung steht es nicht entgegen, wenn das Reichsgericht[1]) meint: „Die Klagen aus § 463 BGB haben als Vertragsklagen aus dem Recht der Gewährschaft zu gelten. Auch die aus Satz 2 soll wenigstens als solche behandelt werden." Die Worte „als solche" zeigen, daß das Reichsgericht Bedenken trägt, den Satz 2 als zur Gewährschaft gehörig anzusehen. Das Reichsgericht[2]) hat auch das richtige Gefühl, wenn es ausführt, daß es sich um einen vertraglich übernommenen Gewährleistungsanspruch handele; nur ist das unscharf ausgedrückt. Die Haftung aus § 463 Satz 2 BGB tritt ein, wenn zu dem Vorhandensein des Sachmangels beim Vertragsschlusse — objektives Moment (gesetzlich), — das arglistige Verschweigen — subjektives Moment (vertraglich) — hinzutritt. Richtig ist es, daß das subjektive Moment, also das vertragliche, stärker zu betonen ist als das objektive, gesetzliche Moment; weil erst das subjektive Moment die Haftung auf das positive Interesse auslöst. Nur kann es dann leicht geschehen, daß die Zugehörigkeit des § 463 Satz 2 BGB zur „culpa in contrahendo" verkannt wird.

Und nur, weil man die Zugehörigkeit des § 463 Satz 2 BGB zur „culpa in contrahendo" nicht anerkennt, ist es bestritten, ob neben dem Anspruch aus § 463 BGB auch noch ein Anspruch aus Verschulden beim Vertragsschlusse gegeben ist. Diese Frage ist deshalb von Bedeutung, weil § 463 Satz 2 BGB keinen Vertrauensschaden gewährt, während das Verschulden beim Vertragsschluß zum Ersatz des negativen Schadens führt.[3])

Siber[4]) meint, daß selbst bei Vorliegen des § 463 Satz 2 BGB auch gleichzeitig eine vertragliche Aufklärungspflicht verletzt wäre und dies bei Arglist deshalb von Bedeutung sei, weil in einigen Fällen der Vertrauensschaden höher sein könne als der Erfüllungsschaden. Vertrauensschaden aber könne man nie auf Grund von § 463 Satz 2 BGB verlangen.

Entgegen dieser Ansicht hat das Reichsgericht[5]) erst kürzlich wieder ausgeführt, daß die Haftung für Verschulden beim Vertragsschlusse keine Anwendung finden könne, wenn die Ersatzpflicht besonders — § 463 BGB — geregelt sei. Soweit § 463 BGB in Frage stehe, sei zu beachten, daß diese Vorschrift nur zu einer Haftung führe, wenn Eigenschaften ausdrücklich zugesichert oder arglistig vorgespiegelt wurden. Für fahrlässig unrichtige Angaben über Umstände, die für die Er-

1) Siehe RGRK Anm. 1 zu § 463 S. 76.
2) RGRK Anm. 5 zu § 463 S. 79.
3) RGRK Anm. 3 zu § 276 S. 475.
4) Siber Anm. c S. 238 verweist auf S. 104 oben.
5) JW 1935 Heft 23/24 S. 1687 Nr. 4. Vgl. auch RG Seuff.Arch. 78 Nr. 7 S. 15.

reichung des Vertragszweckes von Wert seien, sowie für fahrlässiges Verschweigen — § 463 Satz 2 BGB erfordert vorsätzliches — sei eine Haftung abzulehnen.

Die Anwendung der culpa in contrahendo neben § 463 Satz 2 BGB muß notwendig ausgeschlossen sein, da § 463 Satz 2 BGB ein Fall der „culpa in contrahendo" ist.

Wurde in den bisherigen Ausführungen der Sonderrechtscharakter des § 463 Satz 2 BGB verneint und seine analoge Anwendung innerhalb seines Prinzips auf Tatbestände mit gleichem Rechtsgrunde bejaht, so ist nunmehr der Analogieschluß aus § 463 Satz 2 BGB für den Fall der arglistigen Vorspiegelung außervertraglicher Zusicherungen zu ziehen.

Daher bleibt nur noch kurz zu erörtern, daß der Tatbestand des arglistigen Vorspiegelns dem des arglistigen Verschweigens gleich steht.

Dem arglistigen Vorspiegeln und dem arglistigen Verschweigen eignet begrifflich ein „arglistiges Handeln" gemeinsam. Der Unterschied zwischen beiden Tatbeständen ist darin zu sehen, daß das Vorspiegeln in einem Tun, das Verschweigen in einem Unterlassen besteht. Wenn nun das arglistige Vorspiegeln dem arglistigen Verschweigen gleichgestellt wird, so deshalb, weil der arglistig Vorspiegelnde es bei Kaufabschluß unterläßt, die Wahrheit zu bekennen; er verschweigt, daß er unwahre Angaben gemacht hat, während der arglistig Verschweigende es unterläßt zu offenbaren, daß er sich arglistig verschwiegen hat

Nach dem Bemerkten ist der Tatbestand des arglistigen Vorspiegelns dem des arglistigen Verschweigens gleichzustellen.

Die Ansicht des Reichsgerichts, welches den Analogieschluß in ständiger Rechtsprechung [1]) — gewohnheitsrechtlich — bejaht, [2]) wurde zu Beginn der Ausführungen behandelt.

Die gegenteilige Ansicht in Schrifttum [3]) und Rechtsprechung [4]) führt aus, daß über die ausdrücklich hervorgehobenen Fälle der

1) Vgl. RGZ 132, 76 (78) wo für § 463 Satz 2 die unmittelbare und die analoge Anwendung nebeneinander genannt sind.

2) Enneccerus II Anm. III 1 c S. 391, 12. Bearb. 1932. Staub-Könige Anm. 86 zu § 377 HGB. Warneyer Bem. VI zu § 463. Heck, Schuldrecht Anm. 10 zu § 87 S. 273. „Ein gutes Beispiel richtiger Analogie". OLG Kiel, Seuff. Arch. 67 Nr. 199. S. 358 f.

3) Vor allem Matthießen Recht 1908 S. 670. Derselbe, Recht, 1914 S. 227. Derselbe, JW 1913. 516 ff. JW 1908, 60 ff. Riehl in Gruch. Beitr. 60, 830 ff. Oertmann, Bem. 5 b zu § 463. Fuchs, DJZ 1914 Sp. 913 ff. v. Tuhr Bd. I/2 § 68. Staudinger Anm. 3 zu § 463. Siber, Schuldrecht Anm. 4 a zu § 51 S. 239. Kluckhohn, Arch. bürg. Recht 40, 202. Düringer-Hachenburg, Bd. II S. 127 ff. Derselbe Bd. III S. 192. Geppert, J. Jahrb. Dogm. 64 S. 437 ff.

4) OLG Dresden, Seuff. Arch. 65 Nr. 144 S. 280.

zugesicherten Eigenschaft und des arglistigen Verschweigens hinaus die Vorschrift des § 463 Satz 2 BGB nicht erstreckt werden könne.

Die Gründe der Gegner des Analogieschlusses lassen sich kurz zusammengefaßt dahin ausdrücken:

1. Die Folgerungen des Reichsgerichts greifen über den Wortlaut des § 463 Satz 2 BGB, der eine Sondernorm darstellt, in rechtsschöpferischer Weise hinaus, zumal hier doch im Grunde ein nicht vertragsmäßiger Rechtsgrund, eine unerlaubte Handlung vorliegt.
2. Es fehlt an der vom Reichsgericht vorgetragenen Gleichheit des Rechtsgrundes.
3. Es besteht mit Rücksicht auf die vorhandenen Schutzgesetze der Anfechtung und der unerlaubten Handlung kein Bedürfnis für einen Analogieschluß aus § 463 Satz 2 BGB.

Daß § 463 Satz 2 BGB nicht als eine Sondernorm anzusehen ist, wurde bereits ausgeführt. Und selbst wenn er es wäre, könnte er innerhalb seines Prinzips analoge Anwendung finden.

Sodann geht der Haupteinwand gegen den Analogieschluß fehl, der die vom Reichsgericht vorgetragene Gleichheit des Rechtsgrundes deshalb leugnet, weil er den wahren Rechtsgrund des § 463 Satz 2 BGB verkennt. Dies geht deutlich aus den Ausführungen Matthießens [1]) hervor, der meint: Grundlage der Haftung aus § 463 Satz 2 BGB bleibe stets der Vertrag. [2]) Mit anderen Worten, da bei außervertraglichen arglistigen Zusicherungen kein Vertrag da ist, fehlt die Grundlage für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, der stets nur vertraglicher Natur sein kann.

Diese Ansicht erscheint auf den ersten Blick als richtig, ist es aber nicht.

Unbestritten ist, daß bei außervertraglichen arglistigen Vorspiegelungen ein Vertrag nicht vorliegt. Aus dieser Tatsache wird nun meist freudig der gewiß richtige Schluß gezogen, daß ein Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nicht gegeben sei, da der Vertrag als Rechtsgrund nicht in Frage komme.

Dieses Ergebnis ist die Folge davon, daß der Rechtsgrund des § 463 Satz 2 BGB unrichtig angesehen wird.

Zuzustimmen ist, daß der Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur gegeben ist, wenn der Verkäufer b e i

1) Einer der Hauptgegner des Analogieschlusses.
2) So im Recht 1908 S. 671. Staudinger-Kober Anm. 1 zu § 463.

Kaufabschluß arglistig verschweigt und sich mit diesem subjektiven Moment gewissermaßen vertraglich belastet.

Es wurde bereits nachgewiesen, daß die Offenbarungspflicht nur bis zum Kaufabschluß ausgeübt werden kann, weil, wenn ihr der Verkäufer bei Kaufabschluß noch nicht nachgekommen ist, augenblicklich der Anspruch auf Schadensersatz entsteht. Die Pflicht zu offenbaren besteht also schon vor dem Vertrage und findet ihren Rechtsgrund in der „culpa in contrahendo."

Wer allerdings § 463 Satz 2 BGB fälschlich nicht als einen Fall der „culpa in contrahendo" ansieht, verneint die Zulässigkeit des Analogieschlusses von seinem Standpunkte aus mit Recht.

Bildlich gesehen, ist es doch so. Der Schadensersatzanspruch des § 463 Satz 2 BGB beruht auf 2 Stützen. Nehmen wir nur eine fort, entfällt auch die andere.

Die Stützen sind:

a) Das Vorliegen eines Sachfehlers zur Zeit des Kaufes,

b) das arglistige Verschweigen bei Kaufabschluß.

Für die Frage, ob Analogieschluß oder nicht, interessiert hier nur die Stütze zu b.

Verschweigt nämlich der Verkäufer den Fehler nicht arglistig zur Zeit des Kaufes, sondern bei den Vorverhandlungen, die zum Kaufabschluß führen sollen, so fehlt scheinbar die Stütze zu b, weil ja die außervertragliche Zusicherung nicht bei Kaufabschluß abgegen wurde, also außerhalb des eigentlichen Vertrages steht.

Aber nur scheinbar! Denn an die Stelle des Vertrages tritt die „culpa in contrahendo", welche gerade die Vorgänge rechtlich erfaßt, die der Vertragssphäre vorangehen. Und es ist anerkannt, daß eine Verletzung der Pflichten in contrahendo ebenso wie solche von Vertragspflichten zum Schadensersatz führt.[1])

Und zwar ist der positive Schaden zu ersetzen und nicht nur der Vertrauensschaden, wie man annehmen könnte.

Zwar ist es richtig, daß die Haftung für „culpa in contrahendo" grundsätzlich nur auf das negative Interesse geht. Wenn jedoch § 463 Satz 2 BGB, ein Fall der culpa in contrahendo, selbst Ersatz des positiven Interesses anordnet, so ist daraus zu schließen, daß es nicht dem Sinn des Gesetzes entgegen ist, wenn dem arglistig Getäuschten jeder Schaden ersetzt wird, also auch das negative Interesse in den Fällen, wo es den Erfüllungsschaden übertrifft. Denn es ist anzunehmen, daß das

1) Vgl. Siber Anm. I 2 zu § 27 d S. 102/03.

Gesetz in denjenigen Fällen, die dem gesetzlich geregelten Tatbestande gleichen, ebenfalls auf Ersatz des positiven Schadens erkennen will.

Diese Erkenntnis verhindert nicht zuletzt die falsche Anschauung, daß die Gewährleistungspflicht eine Vertragspflicht ist.

So sagt denn auch Matthießen: [1]) „§ 463 Satz 2 BGB findet nur Anwendung, wenn ein Fehler verschwiegen ist, für dessen Abwesenheit der Verkäufer schon aus dem Kaufvertrage haftet."

Nein, der Verkäufer haftet eben nicht aus dem Kaufvertrage, da die Gewährleistungspflicht, wie ausgeführt, keine Vertragspflicht ist, und der Verkäufer den Kaufvertrag mit der mangelhaften Speciessache voll erfüllt! Die ädilizische Gewährschaft ist eine gesetzliche, die unabhängig vom Verschulden eintritt. Gerade deshalb eintritt, weil der Verkäufer voll erfüllt hat und der Käufer ohne die ädilizischen Klagen keine Rechtsbehelfe hätte.

Die Bedeutsamkeit dieser Frage erkennt auch Riehl [2]) sehr wohl, wenn er zitiert, der Analogieschluß stehe und falle mit dem Satze, daß der eine mangelhafte Sache liefernde Verkäufer seinen Vertrag erfülle. Nun, der Satz steht und folglich auch der Analogieschluß.

Fehl geht auch der Einwand, daß der Käufer gegen außervertragliche, arglistige Zusicherungen hinsichtlich der gegebenen Rechtsmittel, wie Anfechtung und unerlaubte Handlung hinreichend geschützt sei. Das ist nicht der Fall, da anerkanntermaßen die Anfechtungs- und die Deliktsklage nur zum Ersatze des negativen Schadens führen. Die praktische Bedeutung des Analogieschlusses ist doch gerade darin zu sehen, daß der arglistig getäuschte Käufer auch Ersatz des positiven Schadens erhalten soll.

Meines Erachtens bedarf der Zweck des Analogieschlusses keiner Begründung. Denn ein gesundes und starkes Recht begrüßt jeden Schritt, der gegen betrügerische Handlungen unternommen wird. [3]) Es ist unbestreitbar, daß der arglistig Vorspiegelnde „um nichts schutzwürdiger ist, als der arglistig Verschweigende, eher umgekehrt". [4]) Und es kann keinen Unterschied machen, ob ich eine Täuschung durch arglistiges Vorspiegeln oder durch arglistiges Verschweigen begehe; beide sind gleich strafwürdig.

---

1) Recht 1908 S. 671.
2) Gruch. Beitr. 60 S. 834.
3) Krückmann, Institutionen S. 161, bezeichnet § 463 BGB als echte Strafhaftung.
4) Vgl. Heck, Schuldrecht Anm. 10 zu § 87 S. 273.

Auf die rechtspolitischen Erwägungen, die angeblich gegen den Analogieschluß vorliegen, ist nicht einzugehen, da sie für die theoretische Untersuchung, ob § 463 Satz 2 BGB einer analogen Anwendung fähig ist, unerheblich sind; und nur die theoretische Untersuchung war Gegenstand der Erörterung.

Es war eine mutige und verdienstvolle Tat des Reichsgerichts, den Analogieschluß gedanklich nicht mehr auf die §§ 249, 476 BGB, [1]) wie zunächst geschehen, zu stützen, sondern nur auf § 463 Satz 2 BGB.

Als wünschenswert erscheint es, dem gesunden Rechtsempfinden des Reichsgerichts zu folgen und die ablehnende Haltung gegenüber der gewohnheitsrechtlichen Anwendung des § 463 Satz 2 BGB auf die Fälle arglistiger außervertraglicher Vorspiegelung aufzugeben, da der Analogieschluß nicht nur praktisch notwendig ist, sondern meines Erachtens auch theoretisch begründet erscheint.

1) Vgl. Staub Anm. 86 zu § 377 HGB.